

LA FUNCIÓN NOTARIAL

**ANTECEDENTES, NATURALEZA Y NUEVAS TENDENCIAS
DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.**

**TESIS QUE PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
PRESENTA EL DOCTORANTE**

LUIS ARTURO AGUILAR BASURTO

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	13

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.

1. Antecedentes remotos. Babilonia, Pueblo Hebreo, Egipto, Grecia.	19
2. Derecho Romano.....	22
3. Edad Media. Desarrollo del comercio. Escuela científica de Bolonia. Glosadores y comentadores	26
4. España. Antecedentes. Siglo XIII. Las Siete Partidas. Etapa posterior a Las Siete Partidas, hasta la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862	31
5. Francia. Ley del notariado del 25 ventoso del año 11 (marzo de 1803)	37
6. México Precolombino.....	37
7. Época colonial. La Nueva España y el Derecho indiano	38
8. México independiente	43
9. Antecedentes Legislativos en el Distrito Federal.....	44
10. Antecedentes Legislativos en el Estado de México	46

CAPÍTULO II

DERECHO Y FUNCIÓN NOTARIAL.

1. Derecho Notarial como función de seguridad jurídica preventiva ...	63
2. Justicia y seguridad jurídica	68
2.1. La cuestión en Grecia.....	68
2.2. La cuestión en Roma.....	70

2.3.La cuestión en la Edad Media	72
2.4.La Edad Moderna. Nicolás Maquiavelo. Thomas Hobbes. El siglo XVIII, los filósofos de la ilustración y los enciclopedistas. La Revolución Francesa.....	74
2.5.Radbruch y la teoría de la seguridad jurídica. Recasens Siches. Jusnaturalismo y positivismo	78
2.6.Seguridad jurídica y Estado de Derecho. Jellinek. Heller, La seguridad ¿principio o valor?. Dworkin. Manuel Atienza.....	83
3. Mezquita del Cacho y el Sistema de Derecho Cautelar. Kelsen, Santi Romano, Hart y Bobbio.....	90
4. El Derecho y la seguridad jurídica.....	99
4.1.Seguridad jurídica estática y Seguridad dinámica o del tráfico	101
4.2.Seguridad jurídica reparadora y seguridad jurídica preventiva o cautelar.....	104
4.3.Seguridad por el Derecho y Seguridad en el Derecho	105
5. Características de la función notarial	107
5.1.Garantir la seguridad preventiva.....	108
5.2.Carácter institucional	108
5.3.Carácter aplicativo.....	114
5.4.Carácter público y privado de manera inescindible.....	114
5.5.Carácter formal.....	123
5.6.Genera responsabilidad legal en caso de ejercicio indebido	132
5.7.Principios de la función notarial en su ejercicio	135
5.7.1.Principio de rogación	135
5.7.2.Principio de Veracidad.....	137
5.7.3.Principio de legalidad.....	139
5.7.4.Principio de intermediación	139

5.7.5.Principio de Libre elección de notario	144
5.7.6.Principio de Imparcialidad.....	146
5.7.7.Principios de matricidad y de protocolo	148
5.7.8.Principio de Secrecía.....	154

CAPÍTULO III

CONTROL DE LA LEGALIDAD Y FE PÚBLICA.

1.Fundamento Constitucional. España, México. La función notarial y la fe pública. Los corredores públicos	155
2.Control notarial de la legalidad. La cuestión en España. Control notarial, control registral y control jurisdiccional.....	171
3.El control de la legalidad notarial en el Estado de México	186
3.1.Estructura formal de la Escritura Pública	187
3.1.1. Proemio	188
3.1.2. Los comparecientes u otorgantes	188
3.1.3. Juicio de capacidad	189
3.1.4. Dación de fe de la identidad de los comparecientes ..	191
3.1.5. Antecedentes del acto.....	193
3.1.6. El acto o actos jurídicos materia de la escritura	195
3.1.7. Otros requisitos que debe contener la escritura pública	196
3.1.8. Acreditación de la personalidad	197
3.1.9. Autorización	198
3.1.10. Estructura del Acta Notarial	201
4.Valor del documento público; sus diferencias con el documento privado.....	202

CAPÍTULO IV

NUEVAS TENDENCIAS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

1. Jurisdicción cautelar	215
1.1.Competencia notarial en el Estado de México.....	223
1.1.1.Tramitación sucesoria.....	224

2. El notario y los medios alternativos de resolución de conflictos, como la mediación o el arbitraje. El arbitraje. Características. Ventajas. Antecedentes	227
2.1.El arbitraje en España	232
2.2.El arbitraje en México	234
2.3.Los notarios y el arbitraje o la mediación. El caso del Estado de México	238
3.Valor económico de la función notarial. El Sistema Jurídico Romano Germánico y el Sistema del Common Law	241
3.1.Los informes Doing Business	243
3.2.La visión economista del Derecho. El contrato de seguro y el notario latino	248
3.3.Titulación masiva.....	259
3.3.1.Titulación Masiva en México.....	266
4.La intervención del notario en la lucha contra el lavado de dinero .	277
4.1.El lavado de dinero.....	277
4.2.La Organización de las Naciones Unidas y la lucha contra el lavado de dinero	283
4.3.El GAFI.....	291
4.4. Los notarios y su participación en la lucha contra el blanqueo de capitales. La normativa comunitaria Europea. La situación en los países de la ANME (Association des Notaires des Métropoles Européennes). La situación en España.....	299
4.5.La lucha contra el lavado de dinero en México.....	326
5.La función notarial en la sociedad de la información. Antecedentes. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en ingles)	343
5.1.La situación en España y en México	353
5.1.1.España	353
5.1.2.México	358
5.2.El notario ante los medios electrónicos	369

CONCLUSIONES.....	381
BIBLIOGRAFÍA	388

ABREVIATURAS

AAA American Arbitration Association

ADR Alternative Dispute Resolution

AMIPCI Asociación Mexicana de Internet

ANME Association des Notaires des Métropoles Européennes

ARPA Advanced Research Project Agency

ARPAnet Advanced Research Project Agency Network

BERI Business Environment Risk Intelligence

B.O.E Boletín Oficial del Estado

B.T.E Bibliothékai Tón Enktéseon.

CC Código Civil

CCEM Código Civil para el Estado de México

CFF Código Fiscal de la Federación

CFPC Código Federal de Procedimientos Civiles

CNUDMI Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

COFOPRI Organismo de Formalización de la Propiedad Informal

CPCEM Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México

CPF Código Penal Federal

CRR Country Risk Review

CTIF Célula de Tratamiento de Información Financiera

DGRN Dirección General de Registros y del Notariado (España)

DIP Derecho Internacional Privado

EII Euromoney Institutional Investor

EIU The Economist Intelligence Unit

FONHAPO Fideicomiso Fondo Nacional de Habitaciones Populares

FOVI Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la Vivienda

FOVIMI Fondo de la Vivienda Militar del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

FOVISSSTE Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del Estado

GAFI Grupo de Acción Financiera Internacional contra el lavado de dinero

GAFIC Grupo Acción Financiera del Caribe

GAFISUD Grupo de Acción Financiera de Sudamérica

ICRG Internacional Country Risk Guide

INFONAVIT Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores

ISSFAM Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas de México

ISSSTE Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado

LAP Ley de Arbitraje de Derecho Privado (España)

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil (España)

LFDO Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

LN Ley del Notariado (España)

LNDF Ley del Notariado del Distrito Federal

LNEM Ley del Notariado del Estado de México

NCCT Non-Cooperative Country or Territory

NSF National Science Foundation

NSFNET National Science Foundation's Network

OCDE Organisation for Economic Co-operation and Development

OCP Órgano Central de Prevención

OHADA Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

ONU Organización de las Naciones Unidas

PIB Producto Interno Bruto

PGR Procuraduría General de la República

PTNC Países y Territorios No Cooperantes

PwC PricewaterhouseCoopers

RD Real Decreto (España)

RN Reglamento Notarial (España)

SHCP Secretaría de Hacienda y Crédito Público

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

SEPBLAC Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (España)

SHF Sociedad Hipotecaria Federal

SIEDO Subprocuraduría de Investigación Especial de la Delincuencia Organizada

TLC Tratado de Libre Comercio

TLCAN Tratado de Libre Comercio América del Norte

TRACFIN Tratamiento de la Información y Acción contra los Circuitos Financieros Clandestinos

TS Tribunal Supremo (España)

TTP Trust Third Party

UIF Unidad de Inteligencia Financiera

UINL Unión Internacional del Notariado Latino

UNCITRAL United Nations Commission for the Unification of International Trade Law

UNIDROIT Unificación del Derecho Privado

VPO Vivienda de Protección Oficial

www World Wide Web

INTRODUCCIÓN

EL MUNDO GLOBALIZADO MODERNO ha generado una gran tensión entre dos sistemas jurídicos incompatibles: el Sistema Jurídico Romano Germánico y el *common law*. En medio de esta tensión se encuentra el notario público. El *common law* o Sistema Anglosajón no conoce la figura del notario; el *notary* anglosajón sólo es un testigo de la firma de un documento que no requiere de conocimientos jurídicos. El notario público o notario latino es un jurista que ejerce sobre los actos que autoriza un control de la legalidad, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica preventiva o cautelar en las relaciones *jusprivatistas*. El notario latino produce un documento público (categoría desconocida en el Derecho anglosajón), dotado de fe pública, que le confiere valor probatorio pleno.

Desde el Banco Mundial, a través de los llamados *informes Doing Business*, y otras instituciones de carácter privado, se pretende imponer un *colonialismo jurídico* y abolir instituciones propias del sistema latino, como el notario, argumentando que representan una carga económica inútil, que sólo obstruyen, retardan y encarecen la realización de negocios.

El notario, cuyas raíces se remontan al Derecho Romano, se consolidó, finalmente, como un elemento *sine qua non*, del Sistema Jurídico Romano Germánico. Por ello, la permanencia del notario en nuestro sistema jurídico, es mucho más que solamente preservar una figura jurídica. Es, en realidad, preservar la existencia misma del Sistema. La función del notario, en tanto que creador del documento público, es el *gozne* que articula las diversas maneras de producirse las relaciones de Derecho privado, en el Sistema latino. Si el notario desaparece, desaparece el documento público, lo que nos asimilaría al Sistema Anglosajón y, a la larga, llevaría a la desaparición del Sistema Latino. Defender la figura del notario es preservar la tradición jurídica romano

germánica que prevalece en la Europa Continental, América Latina y algunos países de África y Asia.

Analizar de manera integral la *función notarial* entendida como la actividad que realiza el notario latino, y señalar cuáles son las nuevas tendencias y retos que, de cara al siglo XXI enfrenta, es el propósito del presente trabajo, que aspira a poner en claro la relevancia y trascendencia que la función tiene como garante de la seguridad jurídica cautelar.

El trabajo se divide en cuatro capítulos:

En el capítulo primero se hace un seguimiento del camino que en su formación ha seguido la función notarial desde los primeros signos, marcas o señales que se usaron, en la antigua Babilonia, para dejar constancia de que se había transmitido un inmueble, hasta la moderna escritura pública, destacando en este *iter*, entre otros pasos, el formidable avance que aportó el Derecho romano y sus diversas figuras, como la *mancipatio* y la *in iure cessio*, así como la relevante intervención de personajes que, como los tabeliones, redactaban los contratos supliendo, de esta forma, las limitaciones de los que no sabían leer ni escribir; el gran hito que representó, para la cultura de occidente, el descubrimiento del *Corpus Iuris Civilis* (el libro, escribe Alessandro Passerin d'Entreves, que después de la Biblia, ha dejado la impronta más profunda en la historia de la humanidad)¹; la Europa medieval con sus primeras universidades, Bolonia principalmente, y el trabajo de los glosadores y de los comentadores, con juristas destacadísimos como los notarios Raniero de Perugia y Rolandino dei Passaggeri; (notarios-poetas les llama Claudio Magris)², que son precursores del notario moderno; Bartolo de Sassoferrato, Baldo De Ubaldi y otros hasta llegar, en España, a la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862, la cual tuvo gran influencia en América Latina; se refiere, por último, la situación que prevaleció en la Nueva España

¹ MAGRIS, Claudio. *Literatura y Derecho Ante la Ley*. Editorial Sexto Piso, Madrid España. 2009. Pág. 39.

² *Ídem*. Pág. 61.

con el derecho indiano; los primeros movimientos legislativos en el México independiente, para concluir con los antecedentes legislativos notariales tanto del Distrito Federal, cuanto los del Estado de México.

El capítulo segundo se dedica al estudio de la naturaleza de la función notarial: se refieren las primeras tesis que trataron de asimilarla a categorías ya conocidas, como la relación jurídica procesal o el acto administrativo, para dar paso a los modernos enfoques funcionalistas que ven, en la función notarial, una función pública y privada de manera inescindible, que tiene como fin salvaguardar la *seguridad jurídica preventiva*, parte relevante de la *seguridad jurídica general* que debe garantizar el Estado. Llegar a esta conclusión requiere acercarse al desarrollo de las ideas políticas y ver como la idea original de *justicia*, exaltada como fin fundamental de la organización política, se fue imbricando con la de *seguridad*, hasta quedar ésta, según algunas opiniones, incardinada en aquella.

La dogmática jurídica tradicional considera sólo dos ámbitos generales del Derecho respecto de las relaciones *jusprivatistas*. El Derecho sustantivo que regula las relaciones de Derecho privado (Derecho civil, Derecho mercantil) y el Derecho adjetivo o procesal que tiene por objeto dirimir las controversias que pudieran derivarse de esas relaciones. Sin embargo, es incuestionable que entre ellos existe todo un entramado jurídico, perfectamente identificado, integrado por un conjunto de normas, formas, instituciones, personas públicas y privadas, que obedece a principios claramente establecidos, que tiene como función primigenia garantizar la seguridad preventiva o cautelar, en las relaciones *jusprivatistas*. La existencia de este ámbito normativo (un rescate del *cavere*, que dijera los romanos) identificado por José Luis Mezquita del Cacho, le permitió construir un *Sistema de Derecho Cautelar*, basándose principalmente en las ideas de Santi Romano, H.L.A Hart y Norberto Bobbio, a las que precede, con gran influencia, la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen. En opinión de Mezquita del Cacho el Derecho notarial es, de suyo, parte integrante de este sistema. El presente trabajo comparte plenamente la tesis de Mezquita

del Cacho y en congruencia conceptualiza al Derecho notarial como un Derecho cautelar, con las características y principios que en el propio capítulo se precisan.

El tercer capítulo aborda el tema esencial del control de la legalidad que ejerce el notario: para ello se parte del análisis del problema del fundamento constitucional de la función notarial. Mientras en España parece estar claro su fundamento constitucional, que se encuentra en el artículo 9.3 que establece la garantía de seguridad jurídica, la cual es entendida por el Alto Tribunal Constitucional *como suma de principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad*, en México, en cambio, por tratarse de una República federal integrada por una federación, entidades federativas y un Distrito Federal con régimen especial, la respuesta a esta cuestión no puede ser dada de una manera general.

En España, con motivo de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se desató una polémica en torno a sí el notario ejerce o no un control de la legalidad de las relaciones de Derecho privado. El esclarecimiento de esta cuestión resulta de la mayor importancia para el notariado latino, pues si el notario no ejerce un control de la legalidad de los actos en que interviene, su participación en ellos sería simplemente testimonial. Con ese motivo se analizan las diferencias entre la *autorización* que hace el notario, la *calificación* que realiza el Registro Público y la *sentencia* que, cuando hay controversia, dicta el juez y se llega a la convicción de que siendo en esencia distintas, todas inciden en la legalidad del acto jurídico sobre el cual recaen, por lo que representan, cada una a su manera, una forma de control de la legalidad.

Como decíamos en un principio, la función notarial se enfrenta hoy a diversas voces que no sólo censuran el trabajo del notario, sino que de plano postulan su desaparición en la vida de los negocios, por lo que en el capítulo cuarto se hace un estudio de las nuevas tendencias y retos del notariado en el arranque del siglo XXI. La función notarial es una

institución básica para la seguridad jurídica en el Estado de Derecho. Sin embargo, la actividad del notario va más allá que solamente generar un documento auténtico: en primer lugar, las nuevas tendencias de la función notarial incluyen la participación del notario en todos los actos que tradicionalmente son conocidos como *jurisdicción voluntaria*. Este tema conlleva el estudio de la importantísima cuestión de cuál debe ser la materia propia de la función notarial. En el XX Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, en 1992, se recomendó para referirse a la competencia notarial la expresión de *asuntos no contenciosos*. En el presente trabajo se propone, para tal efecto, el concepto de *jurisdicción cautelar* por considerarse que es el que mejor refleja lo que hace el notario; en segundo lugar se estudia la participación del notario en los llamados medios alternativos de resolución de conflictos, como la *mediación* o el *arbitraje*; en tercer lugar se pone especial énfasis en la aportación del notario al desarrollo económico de la comunidad. Sobre este tema es necesario insistir que la seguridad jurídica que ofrece la función notarial es un factor básico para el desarrollo económico, pues como se ha dicho <<*no hay comercio sin inversión, no hay inversión sin financiación y no hay financiación sin garantías*>>³, pero además, el influjo del notario en la vida económica se hace sentir en acciones como la *titulación masiva* y el combate al lavado de activos o lavado de dinero, combate en el que el notariado participa con profunda convicción; en cuarto lugar se apunta el proceso de inserción plena del notariado en la *sociedad de la información*, para ponerlo al día en el desarrollo tecnológico. Adecuarse a los cambios, sin perder su sustancia es, posiblemente, el reto mayor que enfrenta el notariado. En el cumplimiento de sus responsabilidades, el notario no debe perder nunca de vista que “no es simplemente *un hombre de leyes*, sino que es, ante todo *el hombre de la ley*”.⁴

³ PÉREZ DE MADRID C, Valerio. *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Comares, S.L. Granada 2006. Pág. 27.

⁴ “La intervención notarial en la lucha contra el blanqueo de dinero.” PAZ- ARES, Ignacio. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Noviembre- Diciembre 2008. Número de Revista: 22.

El presente estudio tiene como marco jurídico de referencia, principalmente, la legislación del Estado de México, porque está enfocado a la función notarial en esta entidad, y se ha basado tanto en la doctrina mexicana como en la doctrina española, por lo que en muchos casos se ha establecido la concordancia de preceptos entre la legislación del Estado de México y la española. Es, por tanto, un modesto ejercicio de Derecho comparado que guarda la esperanza de poder contribuir, primero, al reconocimiento del valor que la seguridad jurídica notarial del Sistema Romano Germánico representa en las relaciones de derecho privado y, en general, para la vida de los negocios; en segundo término, siguiendo a Mezquita del Cacho, a la construcción de un sistema de Derecho cautelar del que la función notarial es parte fundamental y, por último, sumado a otros esfuerzos, que con mejores luces que las aquí manifestadas se realicen, a encauzar la función notarial en el Estado de México, en este siglo que comienza, de manera que pueda realizar plenamente los grandes objetivos a que está llamada y que la sociedad espera y demanda.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.

1. Antecedentes remotos. Babilonia, Pueblo Hebreo, Egipto, Grecia.

LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS responden siempre a una necesidad social. En su génesis surge primero la necesidad en la sociedad y posteriormente se van dando soluciones que con el tiempo configuran la institución. Es el caso de la función notarial. Es evidente que primero aparece el tráfico inmobiliario y el comercio en general en la sociedad, y esto va creando la necesidad de reglas e instituciones que le den certeza jurídica a las relaciones de derecho privado. Como dice Rodríguez Adrados (citado por Castro-Girona) “El notariado no ha sido trazado <<geométrico more>>, por un legislador cartesiano, ha nacido de la misma realidad social y de sus necesidades, fruto de un proceso de decantación histórica...”⁵ Así aparece el notario, y la regulación de su actividad da lugar al nacimiento de la función notarial.

El *iter* de la función notarial se vincula desde un principio con las formalidades para la transmisión de inmuebles. La necesidad de darle certeza jurídica a esta especial contratación determinó, desde tiempos remotos, la práctica de distintas modalidades, que tuvieron en común que constituyeron formas de perpetuar una memoria indubitable de la transmisión, que empezaron por ritos simbólicos hasta llegar a la escritura pública, dotada de fe pública y presunción de legalidad.

Por tanto, para una adecuada comprensión de la función notarial y del derecho que la regula, empezaremos por hacer una somera referencia a las distintas formas que se usaron en diferentes lugares y épocas, para darle seguridad a la transmisión de inmuebles, y, posteriormente,

⁵ CASTRO-GIRONA MARTINEZ, Juan Ignacio. XIV Jornada Notarial Iberoamericana. Ponencias presentadas por el notariado español. La seguridad Jurídica en el tráfico de Bienes y Derechos, con especial énfasis en el tema del control de la legalidad y el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial. P.p. 11.

por extensión, a otras operaciones, como los testamentos y a los contratos en general.

La transmisión de inmuebles ha sido siempre un asunto de la mayor relevancia social. Como dice Rodríguez Otero desde “los tiempos más lejanos de la historia del Derecho, las trasmisiones de inmuebles han estado siempre rodeadas de publicidad y sometidas a formas solemnes.”⁶

En la antigua Babilonia⁷ con el propósito de publicitar la titularidad de un derecho sobre una cosa se utilizaron signos, marcas o señales que se fijaban, preferentemente de un modo indeleble, sobre la cosa misma, y evitar de esta forma posibles protestas de quienes pretendieran ignorar la situación del inmueble.⁸

Para los hebreos, de conformidad con sus principios religiosos y sociales, la propiedad inmueble tenía un carácter público y nacional. Se trata – dice Rodríguez Otero – “de la tierra prometida por Jehová y que distribuye Josué entre las tribus.”⁹ Esta distribución tuvo por objeto mantener la igualdad dentro del seno del pueblo hebreo y para evitar las desigualdades, a las que el movimiento social tenía que dar lugar, “estableció Moisés el llamado jubileo, en cuya virtud, cada cincuenta años, volvían todas las propiedades a la familia primitiva a que había pertenecido, dado el carácter temporal de las enajenaciones.”¹⁰

⁶ RODRÍGUEZ OTERO, Lino. *Cuestiones de derecho inmobiliario*. Ediciones jurídicas DIJUSA, 1ª edición, Madrid, 2005. Pág. 65.

⁷ *Ídem*. Pág. 73.

⁸ *Ibidem*. El sistema de publicidad inmobiliaria consistente en la fijación de estelas o mojones puede considerarse con justicia el más antiguo de la humanidad: su existencia está perfectamente documentada en los periodos más antiguos de la civilización mesopotámica desde los primeros documentos históricos –periodo URUK III, 3100-2900 antes de Cristo- como ha puesto de manifiesto un memorable libro publicado por la Universidad de Chicago en 1991: *Earliest Land tenure systems in the near Ancient Kudurrus*. Los primeros kudurrus o piedras puestas como mojones en campos, fincas o templos para publicar la titularidad de un inmueble o de un gravamen inmobiliario son muy anteriores a los del periodo casita y que son los que solo hasta ahora se citaban en los estudios de Derecho hipotecario histórico.

⁹ *Ídem*. Pág. 75.

¹⁰ *Ibidem*.

Es interesante mencionar una costumbre entre el pueblo hebreo que tenía por objeto la convalidación de un contrato mediante el acto simbólico de quitarse un zapato y dárselo al otro.¹¹

En el antiguo Egipto, dos mil años antes de la Ley de las XII Tablas Romanas, ya existían dos sistemas documentadores: el documento casero y el documento del escriba y testigos.¹²

El primero, fue usado por los egipcios “para contratos que transmitían el dominio de muebles o inmuebles, en los años 3100 a 1770 a. C., e intervenían en su elaboración tres testigos y el sacerdote quien al final imprimiría su sello para evitar adiciones.”¹³ El segundo fue usado en el Imperio Nuevo entre 1573 y 712 a. C., y se diferenció del casero por la substitución del sacerdote por el escriba.¹⁴

Posteriormente, ya bajo el dominio de Roma, podemos encontrar en Egipto un remoto antecedente de lo que actualmente es el registro de la propiedad, en las llamadas Bibliothékai Tón Enktéseon (B.T.E.).¹⁵

¹¹ *Ídem.* Pág. 76. “Había en Israel la costumbre, en caso de compra o de cambio, para convalidar el contrato, de quitarse el uno un zapato y dárselo al otro. Esto servía de prueba en Israel. El pariente próximo había dicho a Boz: <<Cómpralo por tu cuenta>>. Y se quitó el zapato. Boz dijo a los ancianos y a todos los presentes: <<Testigos sois de que yo compro a Noemí cuanto perteneció a Elimelec, a Quelyón y a Majalón, y que tomo al mismo tiempo por mujer a Rut, la moabita, mujer de Majalón, para que no se borre de entre sus hermanos y de la puerta de la ciudad el nombre del difunto. Testigos sois de ello>> Respondió todo el pueblo que estaba en la puerta y los ancianos: <<Somos testigos...>>.”

¹² MORALES, Francisco de P. *El notariado su evolución y principios rectores.* Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., 1ª edición. México. 1994. Pág. 22.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ídem.* Pág. 24.

¹⁵ RODRÍGUEZ OTERO. Lino. *Óp.cit.* Pág. 91. “Una auténtica institución de publicidad inmobiliaria en el Egipto Romano: las bibliothekai tón enktéseon-. Nos dice (Javier Casinos Mora) que la institución de publicidad inmobiliaria más perfeccionada del mundo antiguo y más próxima a la concepción moderna de los sistemas de la publicidad registral es la representada, sin duda, por el sistema de registros de bienes privados y transmisiones –bibliotheke tón enktéseon (en lo sucesivo B.T.E.)- del Egipto romano, vigente entre los siglos I y principios del IV d.C., según se ha aceptado comúnmente a la vista de los papiros que se han conservado, alusivos a dichos sistema. Tal sistema se basaba en una red de oficinas ubicadas en algunas ciudades importantes, con secciones destinadas a aldeas y lugares menores y con una sede central en Alejandría. De su existencia se ha tenido conocimiento gracias, principalmente, al descubrimiento en 1899 en Egipto de un papiro del año 186 después de Cristo, correspondiente a la localidad de Oxyrrinco, una de las ciudades que disponía de oficina propia. Aunque el objeto principal de la B.T.E. era facilitar las exacciones tributarias y mitigar el fraude fiscal, sin embargo los objetivos no se limitaban a la averiguación del valor de la propiedad inmobiliaria a los fines de efectuar la imposición tributaria, sino que también se perseguía la certidumbre, en todo momento, de la realidad de la propiedad provincial, fundamentalmente inmobiliaria, y la de los derechos reales limitativos de

En Grecia las formas de transmisión de la propiedad eran en sí públicas, al igual que la *mancipatio* romana, pero, además, la publicidad se completaba –según los tiempos y lugares- por “el llamamiento de los vecinos para testificar sobre la transmisión de un fundo, recibiendo aquellos una moneda...; por la intervención del *Mnemon*, que para unos autores constituye una especie de notario o archivero estatal, pero, para otros, <<una suerte de Registro viviente para la comarca>>.”¹⁶ Sin embargo, es un hecho histórico que en Grecia existieron oficiales públicos encargados de redactar documentos de los ciudadanos. “Se habla de *síngraphos* y *apógrafos* y de un registro público llevado por los primeros, *verdaderos notarios*.”¹⁷ Además de otros funcionarios conocidos como *Mnemon* o *Promnemon*, de quienes se dice, estaban encargados de formalizar y registrar tratados públicos, convenciones y contratos privados.¹⁸

2.Derecho Romano.

En el antiguo Derecho romano se reconocieron principalmente dos formas de adquirir la propiedad: la *mancipatio* o *mancipium*¹⁹ y la *in iure cessio*.

aquella a través de la constancia registral de todos los actos jurídico-privados que pudiesen afectar a la propiedad privada de los fundos o tuviesen como objeto la constitución de hipotecas u otros derechos reales sobre los mismos, así como la constancia de sus respectivos titulares.

De esta manera, los datos de la B.T.E. eran utilizados por el catastro o registro fiscal como base para la determinación de los sujetos pasivos de los impuestos y, simultáneamente, cumplían la finalidad de garantizar a los particulares la certeza de los derechos inscritos, la inoponibilidad al titular registral de la realidad extrarregistral y la posibilidad para los eventuales terceros adquirentes de evitar transmisiones patológicas. Esta última finalidad es revelada por la recurrente alusión de los fragmentos del citado papiro a la evitación del engaño de los contratantes o a la ignorancia de los mismos sobre la situación jurídica de los bienes o derechos que son objeto de los negocios jurídicos en que intervienen.”

¹⁶ *Ídem*. Pág. 86.

¹⁷ CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Derecho notarial y derecho registral*. Editorial Porrúa S.A. de C.V. 17ª edición. México. 2005. Pág. 50.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ ORTOLAN, M. *Historia de la Legislación Romana*. Librería de Don Leocadio López, Madrid. 1869. Pág.69. “Todo el Derecho Privado de los romanos, tanto con respecto a las personas cuanto a las cosas, está basado sobre una sola y única idea, *manus*: la mano, el poder en su expresión más general y en su símbolo más vigoroso. Los bienes, los esclavos, los hijos, las mujeres y los hombres libres, que le estaban sometidos, todo estaba bajo la mano del jefe o cabeza, *in manu*; expresión que más tarde debía ir perdiendo su generalidad y llegar a ser más especial. [...]Lo que hoy día llamamos la propiedad, llevaba en aquella época un nombre que resume en sí ese estado de civilización: el nombre de *mancipium*, aplicado, a la par que al objeto del poder (*manu captum*), al poder mismo.”

La *mancipatio* se aplicaba sólo para la adquisición de las cosas denominadas *res Mancipi* y nada más podían utilizarla los ciudadanos romanos, quienes eran los únicos titulares de la propiedad quiritaria.²⁰

La *mancipatio* se desarrollaba como un acto ritual ante testigos, los cuales hacían notoria la conexión entre la persona del adquirente y la cosa adquirida; puede decirse que actuaban “a modo de *registro viviente*.”²¹

Por su parte, la *in iure cessio* consistía en un proceso de reivindicación simulado, a la manera de la *legis actio per sacramentum in rem*, en el cual, tanto el adquirente-actor, como el enajenante-demandado, se presentaban ante el magistrado (*in iure*). El primero reivindicaba la cosa como si fuere suya y el segundo no se oponía (*cedere*). “Ante la falta de contradicción el magistrado pronunciaba la *adictio* adjudicando la cosa a quien la había reclamado como propia. Así, el enajenante perdía la propiedad del bien que se transmitía al adquirente, que era reconocido públicamente como propietario *ex iure quiritium*.”²²

También, ya desde el antiguo Derecho romano, se usó otra forma para transmitir la propiedad, que fue la *traditio*, pero en esa época únicamente se aplicaba para la adquisición de las *res nec Mancipi*.

En opinión de D’ors, en el transcurso de la época clásica, los *instrumenta* van adquiriendo mayor importancia. El primer tipo de documento usual en la práctica de Roma es el de las tablillas, que recogen las declaraciones extrajudiciales de los testigos y se presentan luego ante el juez. Las *tabulae ceratae* tenían una capa de goma laca

²⁰ De acuerdo con D’ORS, *Derecho privado romano*. 6ª edición, Universidad de Navarra. Pamplona, España. Pág.212. La *mancipatio* “Es un acto privado solemne, que consiste en la declaración de un adquirente (*mancipio accipiens*) que se apodera formalmente de la cosa, en presencia del propietario de la misma (*mancipio dans*), y en el acto de pesar un metal en una balanza de platillos se realizaba este negocio en presencia de cinco testigos, más otro encargado de pesar el metal, llamado *libripens*. Era una aplicación de un antiguo negocio libral (*per aes et libram*) que tenía otras aplicaciones en el derecho de obligaciones y en el testamentario; como *mancipatio*, servía para adquirir el poder de las personas y cosas integrantes de la *familia* (en contraposición a *pecunia*) y, en especial, la propiedad civil sobre las *res Mancipi*.”

²¹ ROMAN, G. Antonio, *La tipicidad de los derechos reales*. Monte Corbo. Madrid. 1994. Pág. 31.

²² ARGUELLO, L. Rodolfo. *Manual de derecho romano*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1976. Pág. 246.

en la que se podía escribir con un punzón (stilus); para borrar se utilizaba una espátula ligeramente calentada.²³

Los *tabeliones* (notarios según D'ors) se distinguían de los juristas y eran considerados como de menor categoría y algunos de ellos se jactaban de ejercer su oficio sin ayuda del jurista. La importancia de los *tabeliones* resulta del hecho de que un gran número de personas no sabían o no podían leer y escribir y por ello depositaban su confianza en los *tabeliones*.²⁴

Castillo Huerta afirma que en la Antigua Roma, cuatro funcionarios pueden calificarse como genuina antelación del notario: el *escriba*, el *notarii*, el *tabularii* y el *tabelión*. “El *escriba* tenía funciones de depositario de documentos y redactaba decretos y mandatos del pretor. El *notarii* era aquel funcionario que trasladaba a la escritura las intervenciones orales de un tercero y debía hacerlo con exactitud y celeridad. El *tabularii* era el funcionario de hacer las listas de aquellos romanos sujetos al pago de impuestos. El *tabelión* tenía la finalidad de redactar actas jurídicas y los convenios entre los particulares.”²⁵

Un hito, de la mayor trascendencia para la evolución del derecho privado en occidente, lo constituye la *Compilación Justiniana*.²⁶ El Imperio de Roma “se sobrevivió y espiritualizó por la fuerza expansiva de su Derecho.”²⁷

Explica Llamas Pombo que el *ius civile* que desemboca en el *Corpus Iuris Civilis* fue el Derecho de los principios fundamentales de la

²³ D'ORS. *Op.cit.* Pág. 150.

²⁴ *Ídem.* Pág. 76.

²⁵ CASTILLO HUERTA, Luis Oswaldo. *Breve Historia del Derecho Notarial*. Gaceta Notarial. Perú. 2010. Pág. 6.

²⁶ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia. Segunda edición, 2002. Pág. 36. “Pero no será hasta el siglo VI cuando se haga posible la gran compilación de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, que aglutinó de forma separada, y sin confundir *iura* y *leges*, la obra de la jurisprudencia clásica y la producción legislativa de los emperadores, sentando así el que ha sido calificado como pilar básico del Derecho de la cultura europea occidental (Clavero).”

²⁷ *Ídem.* Pág. 34.

organización jurídica romana, que a través del *ius gentium* extendió su vigencia y por obra del pretor, se rejuvenece.²⁸

Sin lugar a dudas, la obra del emperador Justiniano constituye la más amplia recopilación del Derecho Romano. Las *Instituciones* (obra destinada a la enseñanza del derecho), *el Digesto o Pandectas* (textos de la jurisprudencia clásica), *el Código* (constituciones imperiales desde Adriano a Justiniano) y *las Novelas* (constituciones posteriores al Código), integran esta obra fundamental.

A partir del derecho justiniano, “el *tabellio* se convirtió en un factor muy importante en la evolución del derecho, con la aplicación consuetudinaria de las normas del *Corpus Iuris Civilis*, adaptándolas a los lugares y cambios sociales por medio de la creación de fórmulas nuevas.”²⁹

Para cuando tiene lugar la *Compilación de Justiniano* (finales del siglo V), había ya desaparecido el Imperio Romano de Occidente como consecuencia de la invasión de los pueblos bárbaros. Sin embargo, la caída definitiva del Imperio Romano y las invasiones bárbaras “no provocaron la total desaparición del Derecho Romano como orden vigente, que fue mantenido en Italia por los longobardos, en la Iglesia como legislación aplicable, y en la práctica notarial.”³⁰ La superposición de diferentes culturas jurídicas: la autóctona de los pueblos que formaban el Imperio, el Derecho justiniano y los diferentes derechos de los pueblos germánicos (*ius proprium civitatis*) “tosco e imperfecto en sus conocimientos, pero práctico y útil” conformaron una organización

²⁸ *Ídem*. Pág. 35. “Es esencialmente Derecho Privado, el de las relaciones interindividuales. Como decíamos, según Cicerón, es un derecho elaborado para dar cauce a la autonomía privada y mantener la igualdad entre los ciudadanos. El Digesto está lleno de principios jurídicos tendentes a salvaguardar esa igualdad. Por eso, en su espíritu más genuino, el *ius civile* es un ordenamiento nacido para regular la vida privada de los *cives*: persona (*status libertatis, status familiae*), bienes (*mancipium dominium, iura in re aliena*), libertad económica (*obligatur re, litteris, verbis, consensu*), supervivencia del culto familiar (*hereditas, testamentum*), defensa de los intereses particulares (*legis agere*) y responsabilidad por *injuria* contra la persona (*Lex aquilia*).”

²⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL C., Bernardo. *Derecho Notarial*. Editorial Porrúa, México XV Edición. México. Pág. 5.

³⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Óp. cit.* Pág. 37.

jurídica peculiar y compleja,³¹ “que contribuyó a incrementar el acervo del moderno Derecho Civil.”³²

3.Edad Media. Desarrollo del comercio. Escuela científica de Bolonia. Glosadores y comentadores.

La Edad Media, esa prolongada etapa histórica de la humanidad, que se ubica entre el siglo V y el siglo XV, que inicia con la caída del Imperio Romano de Occidente y culmina con la toma de Constantinopla,³³ (que coincide con el descubrimiento de América y el invento de la imprenta), es, como veremos, una época determinante en el desenvolvimiento de la función notarial. Particularmente, este desenvolvimiento se va a producir entre los siglos XIII y XIV, pues es, en esta época, cuando se va a conformar el notario público, con las características y significación actualmente vigentes, como afirma José Bono, citado por Simó Santonja.³⁴

El factor determinante que va a propiciar la configuración del notario “con sus características y significación actualmente vigentes”, es el surgimiento del estado-ciudad italiano que tuvo lugar después del derrumbamiento de los longobardos y carolingios. Estas ciudades-estado, principalmente Florencia y Venecia serán, como dice Weber, “la armazón originaria del capitalismo occidental”.³⁵ La afirmación de este precapitalismo o capitalismo temprano, en estas ciudades, la describe Weber diciendo que “ocurre primero bajo la forma de los que se dedican al comercio, a la banca y a la industria de exportación, todo lo

³¹ LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. *Propiedad Privada del Suelo y Derecho a Edificar*. Editorial Montecorvo, S.A, Madrid 1989. Pág. 36.

³² LLAMAS POMBO, Eugenio. *Óp. cit.* Pág. 37.

³³ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2002. Pág. 52. “Al referirnos tanto a la caída del imperio Romano de Occidente como al de Oriente, aún cuando se manejan dudas razonables, es incontestable que esos acontecimientos entrañan en aquellas cronologías, el comienzo y el final de un segundo y nuevo periodo en el desarrollo de la Historia Universal. Al ser vencidas las respectivas capitales imperiales –Roma y Constantinopla-, algunos historiadores atribuyen a esos acontecimientos el inicio y la conclusión del tiempo histórico que conocemos como la Edad Media.”

³⁴ SIMÓ SANTOJA, Vicente L. *El Notariado Español en los Siglos XIII y XIV*. Colegios Notariales de España. 2007. Pág. 11.

³⁵ WEBER, Alfred. *Historia de la Cultura*. Fondo de Cultura Económica. México. 1992. Pág. 225.

cual viene favorecido y fomentado vigorosamente por las Cruzadas; varios de esos estados-ciudades adquieren dominios coloniales en los territorios costeros orientales del Mediterráneo y del Mar Negro, que habían sido antes islámicos o bizantinos. De esos estados-ciudades, los más grandes se enriquecen mediante el comercio que entonces se ha abierto con Oriente; comercio que entonces une o vincula al Asia con la Europa septentrional a través de Italia, la cual actúa como instancia intermedia. Muchos de esos estados-ciudades, y sobre todo Florencia, se desenvuelven en forma de centros industriales, que trabajan para ambas zonas, es decir, para Oriente y para Occidente, al mismo tiempo. Primero son las planicies de la Champaña; más tarde, sobre todo, las ciudades de Flandes, las que constituyen las florecientes plazas de cambio internacional de esta nueva vida económica de las ciudades italianas. Y, así, de esta suerte, se van formando los instrumentos de cambio, los demás instrumentos capitalistas de crédito, las organizaciones de crédito en relación con este tráfico y con el comercio marítimo y en general con el comercio con países lejanos, que en esta época cobra gran empuje. En esta época y en estas ciudades florecen ricos banqueros, los cuales son a la vez comerciantes marítimos y navieros. Se aprende a hacer visible la magnitud independiente del capital monetario mediante la contabilidad por partida doble; y, de esta suerte, se aprende también a concebirlo como un objeto calculable en sus modificaciones. Se aprende a vivir para este capital; a ganar influencia mediante él, ora cerca de los príncipes, ora cerca de los papas, ora sobre el pueblo mismo. Y, además, se aprende también que pueden crearse para la protección de este capital los primeros ejércitos con jefes mercenarios: *condottieri*.³⁶

Destaca Weber que estas ciudades se integraban por personas de clase media o inferior que comprendía los artesanos manuales y los trabajadores organizados en gremios, pero además, una capa superior, constituida sobretudo por las familias dedicadas al comercio y al

³⁶ *Ídem*. Pág. 226.

transporte, y también, junto a ellas, por las personas de ilustración académica, como jueces y notarios.

Fue en el contexto de esta situación, como en aquellas prósperas ciudades italianas del siglo XII, que se habían convertido en el centro de los cambios mediterráneos, y para dar seguridad jurídica, nacieron espontáneamente agrupaciones o escuelas de notarios, para redactar contratos ajustados a la ley. “Allí, sobre la base doctrinal de los glosadores, se elaboró el primer tratado del Arte de la Notaria, expresión asumida ya por nuestras Partidas que exigían de los aspirantes ser entendidos en el Arte de la escritura, que como en el *Ars Notariae* de Rolandino equivalía a ser expertos no en constancia de hechos, sino en contratos, últimas voluntades y otorgamiento de instrumentos. Lo que se trataba de conseguir, entonces y ahora, es algo que consagran todas las constituciones: seguridad contractual.”³⁷

En la Europa medieval, durante el siglo XI, afirma Llamas Pombo, empieza a manifestarse un renacimiento del Derecho Romano justiniano capaz de superar el particularismo jurídico imperante en la época y, que además, pudiera articular una unidad jurídica acorde con la unidad religiosa propugnada por la Iglesia cristiana, y la pretendida unidad política en torno al Imperio Carolingio.³⁸

En Italia, principalmente en Bolonia, existían ya desde finales del siglo X, escuelas de *artes liberales*, las más de ellas monacales y episcopales,³⁹ en las que se impartían el *trivium* (gramática, retórica y dialéctica) y el *quadrivium* (geometría, aritmética, astrología y música.)⁴⁰

³⁷ Revista El Notario del Siglo XXI. Revista Online del Colegio de Madrid. *Óp. Cit.*

³⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Óp. Cit.* Pág. 38.

³⁹ SIMÓ SANTOJA, Vicente L. *Óp. Cit.* Pág. 40.

⁴⁰ PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio ; *Historia del Derecho Mexicano*; Editorial: Oxford University Press; México 2007. Pág. 156. “Una de las más grandes creaciones de la Edad Media fue la Universidad auténticamente basada en la tradición cultural del Medioevo, que nació como una sociedad corporativa de maestros y estudiantes, dotada de sus propios estatutos, estructura administrativa, currículo y requisitos para obtener grados y niveles académicos [...] Algunas universidades surgieron de manera libre y espontánea y otras por fundación, ya pontificia, ya imperial. Se ha dicho que las universidades no se crearon, sino que emergieron después de un largo periodo de actividad escolar, en ocasiones discontinuo y caprichoso. A veces la llamada *fundación* no era más que el nacimiento oficial de privilegios dados a una universidad ya existente. Un ejemplo

El descubrimiento, por un monje llamado Irnerio (1055-1125), de un manuscrito *Littera Bononiensis*, conteniendo una recopilación del *Corpus Iuris Justiniano*, da lugar al nacimiento de la que se conoce como Escuela Científica del Derecho de Bolonia,⁴¹ que toma como objeto de estudios y de enseñanza el Derecho justiniano. La escuela de Irnerio llevó a un nuevo modo de estudiar el derecho, “una ciencia separada de la docencia de la Retórica, independiente del saber de su tiempo, que se basaba en los textos justinianos genuinos y completos, abandonando la simple lectura de extractos y epítomes.”⁴² Como se sabe, el método de trabajo de Irnerio y sus discípulos fue *la glosa*, que consistía en explicaciones o aclaraciones entre líneas o al margen de los textos romanos y, por ello, a estos juristas se les conoce como *los glosadores*.

En esta primera época, los glosadores no se limitaron tan sólo a la glosa de los textos romanos, sino además cultivaron otros géneros doctrinales, como, fundamentalmente, el de las *summae* y de los *consilia*; “la *summa* era una exposición sistemática de algunos títulos o de algún libro (así desde época muy temprana abundaron las *Summae Codicis*), que a veces, sobre todo en la segunda mitad del siglo XIII, ya derivaban hacia la consideración monográfica de una institución jurídica; en esto cabe destacar, por la significación de estas materias en la fundación de un derecho culto y por la importancia consiguiente que alcanzara su consideración, **los tratados de derecho notarial - *summae artis notariae* o *artes notariae*- y los de derecho procesal - *specula iudicialia*-.”⁴³**

es la universidad de Salerno, según la tradición creada por un maestro griego, otro cristiano, un judío y un árabe, pero cuyo inicio es incierto, posiblemente antes del siglo IX; se especializó en medicina, fue reconocida en 1231 y para muchos es la primera universidad europea. Otro ejemplo es Pavía, pintoresca ciudad italiana donde se reunían maestros y alumnos de muchos lugares de Lombardía y donde en la enseñanza del Derecho se combinaba lo teórico y lo práctico en el ejercicio de los tribunales. Pero fue sin duda Bolonia la universidad que más nivel alcanzó en la Edad Media, en el estudio del Derecho, gracias a la labor de los Glosadores.”

⁴¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Óp. cit.* Pág. 38.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ CLAVERO, Bartolomé. *Historia del Derecho: Derecho Común*. Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1994. Pág. 22

Es con la obra de los glosadores como empieza a conformarse en la segunda mitad del siglo XII, una doctrina notarial relativa al desempeño del notario como una persona pública que desempeña un oficio de utilidad pública.⁴⁴

No puede dejar de mencionarse en este recuento de los glosadores, la obra de los juristas, Azzo con la *summa codicis* y Accursio con la *magna glossa* o *glossa ordinaria*, a mediados del siglo XIII, y destacadamente Raniero de Perugia, notario por autoridad imperial desde 1219, maestro del arte de notaría y profesor en Bolonia, autor en 1214 de un *liber formularius* y en 1224-1234 de un *Ars Notariae*⁴⁵ y, sobre todo, Rolandino dei Passaggeri (1217-1301), notario por autoridad imperial, de la matricula de Bolonia, primer procónsul de su Colegio y profesor del Arte de Notaria, “es, sin duda, el principal clásico notarial. Sobre su magna obra esta escrito todo o casi todo, para que podamos permitirnos el lujo de la originalidad.”⁴⁶

En su obra Rolandino afirma que los tres documentos básicos del arte notarial son los contratos, las últimas voluntades y los juicios.⁴⁷

Otra obra importante de Rolandino es la denominada corrientemente *Aurora (Apparatus super Summa notarie)* “que es un comentario incompleto a la obra inicial, redactado probablemente no antes de 1280, recogiendo sus explicaciones de clase.”⁴⁸

⁴⁴ SIMÓ SANTOJA, Vicente L. *Op.cit.* Pág. 48. Explica Simó Santonja, que la doctrina notarial de los glosadores “se forma en la segunda mitad del siglo XII (en las *Petri Exceptiones* no hay ninguna referencia directa al *scriptor o notarius*, ni contienen una teoría del documento, aunque no ignoren la prueba por <<cartas>>), consecuencia de la glosa ordinaria: al notario se le llama <<tabellio>> o <<tabularius>> y es una <<publica persona>> que desempeña un oficio de utilidad pública, mediante la redacción de instrumentos, judiciales o extrajudiciales, a instancia de las partes (rogación), que requiere una redacción previa (*imbrevisatura*), que podría servir para aclarar el documento definitivo, que es el que tiene validez y eficacia, siempre que contenga los nombres de los testigos y la suscripción (*completio*) del propio notario [...] entendido ya el oficio notarial como público, dirigido a la utilidad pública el calificado notario como pública persona (lo que hoy diríamos <<funcionario>>), queda sujeto a las formalidades de creación y a las obligaciones de su función: aptitud técnica y moral, título de creación y juramento de veracidad y legalidad.”

⁴⁵ *Ídem.*

⁴⁶ *Ibidem.* Pág. 53.

⁴⁷ *Ibidem.* Pág. 55.

⁴⁸ *Ibidem.* Pág. 57.

Posterior a los glosadores, tenemos en el siglo XIV la obra de los *comentadores o postglosadores*, en donde destaca la figura importantísima de Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), “jurista que, pese a su no larga vida –que cubre la primera mitad del siglo XIV- dejó una amplísima obra: una decena de volúmenes de comentarios a todo el *Corpus*, numerosos *consilia y quaestiones, tractatus* monográficos..., su influencia a escala europea será tal que podrá decirse con justicia *nullus bonus iurista nisi sit bartolista*”⁴⁹ y su discípulo Baldo De Ubaldi (1357-1400).

4.España. Antecedentes. Siglo XIII. Las siete partidas. Etapa posterior a las siete partidas hasta la ley orgánica del notariado de 28 de mayo de 1862.

La evolución del Derecho y de la función notarial en España tiene particular interés en México porque, primero, durante más de tres siglos estuvo vigente en el territorio de lo que entonces era la Nueva España, pero, además, por la gran influencia que han tenido en la consolidación de nuestro Derecho patrio. De tal suerte, partiremos para este análisis de la extinción del Imperio Romano de Occidente y la consecuente invasión de los visigodos.⁵⁰

Relata el profesor Llamas Pombo que como consecuencia de la Constitución de Caracalla del 612 d.C. que otorgó la ciudadanía romana

⁴⁹ CLAVERO, Bartolomé. *Op.cit.* Pág. 27.

⁵⁰ OTERO Y VALENTIN, Julio. *Sistema de la Función Notarial*. Artes graficas N. Poncell, Igualada, Barcelona, España, 1933. Págs. 95 y sgts. En relación a la evolución de la función notarial en España, afirma este autor: “Consideramos principales *periodos*, para esta parte de nuestro estudio, los siguientes.

I. *Régimen consuetudinario*.- Comprende este periodo desde la independencia nacional hasta el siglo XIII.

II. *Determinación pública de la función*.- Este periodo se refiere a las disposiciones contenidas en los Códigos dados por Alfonso X, *el Sabio*; y comprende desde el siglo XIII al XV.

III. *Reformas de los Reyes Católicos*.- Comprende este periodo desde el siglo XVI hasta el siglo XIX.

IV. *Periodo reconstituyente*.- En este período se comprende la moderna legislación notarial, como secuela de la hipotecaria.

V. *Las enseñanzas del nuevo régimen*.- Este período se refiere a los resultados obtenidos en los veinticinco años de vigencia e la moderna legislación notarial.

VI. *Época contemporánea*.- Se refiere al periodo actual y en cuanto se aprecien las reformas deseables (siglo XX).

La división anterior muestra lo interesante de la historia que tiene nuestra función autorizante instrumental, y como fue siempre trascendentalmente considerada.”

a todos los habitantes del Imperio, quedaron virtualmente derogados, en la Península Ibérica, todos los derechos indígenas y empieza a aplicarse el Derecho Romano. Que la aparición de los bárbaros en España a comienzos del siglo V, pocos cambios introduce, pues estos se regían por el Derecho germánico, mientras los hispanorromanos aplican el *Codex Theodosianus*, o determinadas Constituciones imperiales. Lo cierto –afirma el profesor Llamas Pombo- es que hasta el año 476, el régimen jurídico español carecía en absoluto de unidad, pues en el mismo coexistían el Derecho Romano vulgar, el Derecho germánico muy romanizado y algunas costumbres indígenas, aunque éstas ya empezaban a ser arrolladas por la superioridad del Derecho Romano.⁵¹

Durante el periodo hispano-gótico, el documento más importante es el llamado *Liber Judiciorum* del año 641.⁵² De este documento, la más perfecta de las recopilaciones godas, preparado por Recesvinto a mediados del siglo VII, apunta Llamas Pombo, se ha dicho que “funde armónicamente las corrientes germánicas y romanas, pero en realidad, señala García Gallo, se trata del Código más romanizado de cuantos hubo en los reinos bárbaros de Europa.”⁵³

En este ordenamiento jurídico, se reconoce la existencia de juristas libres, por un lado, y por otro, de juristas oficiales, dedicados a la función notarial. Distingue tres clases de notarios: los de la Corte del Rey, los restantes notarios funcionarios y los notarios, simples profesionales, no funcionarios.⁵⁴

⁵¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Óp. cit.* Pág. 48.

⁵² ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Segunda edición. Librería de Galván, México 1842. “Este Código, que también se llamó *Forum Judicum*, consta de 12 libros en títulos que se subdividen en leyes de las cuales se establecieron muchas en los concilios o cortes de Toledo con asistencia del Rey, de los magnates y de los obispos y otras se dieron solo por los Reyes insinuados; bajo la inteligencia de que estas son las que se llaman Leyes de los Visigodos. En el siglo XIII fue traducido a la lengua española y llamado *Fuero de los Jueces* cuyo nombre se ha corrompido en el de *Fuero Juzgo* que es el que usamos en el día.”

⁵³ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Óp. cit.* Pág. 48.

⁵⁴ SIMÓ SANTOJA, Vicente L. *Op.cit.* Pág. 24

Afirma José Bono en *Historia del Derecho Notarial Español*, citado por Simó Santonja⁵⁵ que el derecho notarial español propiamente principia en el siglo XIII, cuando surgen la institución notarial y el documento público, como decíamos anteriormente, “con las características y significación actualmente vigentes, al transformarse en una sincrónica evolución en todos los reinos de la España cristiana, el *scriptor* profesional y la *scriptura* privada, en el *publicus notarius* y en el *instrumentum publicum*, tal como habían sido conformados en Italia por la doctrina legística y canonística,”⁵⁶ aunque, aclara Simó Santonja, que lo anterior no significa que el notariado español surgiera en ese momento de la nada, puesto que indudablemente existían raíces españolas cuando llegó la influencia boloñesa.

En la primera mitad del siglo XIII, prevalecía en el reino de Castilla, una justicia casuística, que no se fundaba en leyes u ordenamientos jurídicos de carácter general, sino en sentencias dadas por el rey (fazañas). Esto condujo a la necesidad de implantar una política real dirigida a la uniformidad de los derechos locales.⁵⁷

En esta época, tiene lugar la creación de la que puede considerarse como la obra jurídica más importante de la corona castellana,⁵⁸ conocida como **Las Siete Partidas**, iniciadas por Alfonso X en 1256, para finalizarse entre 1263 y 1265, y cuyo título exacto es *Libro de las*

⁵⁵ *Ídem*. Pág. 11.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ídem*. Pág. 39. Esta política jurídica fue <<invención>> de Fernando II el Santo y de Alfonso X el Sabio (unidos ya definitivamente los reinos de León y Castilla), tomando como base tres textos: el *Liber Iudiciorum* (desde entonces llamado Fuero Juzgo), el Fuero de Toledo (que Fernando III había confirmado en 1222, creando un Derecho municipal basado en el Fuero Juzgo y en los privilegios anteriores) y un libro nuevo elaborado en la Corte de Alfonso X, redactado hacia 1249, que luego se conocería como Fuero Real (concedido a Aguilar Campoo y a Sahagún en 1225; a Burgos, Soria, Alarcón y Peñafiel, en 1256; a Talavera, en 1257; a Escalona, en 1261; a Madrid y Guadalajara, en 1262; a Niebla, en 1263; a Valladolid, en 1265). Aunque del tema hemos de ocuparnos después, quizá convenga señalar que, con el Fuero Real, Alfonso X no quiso dejarse influir por ningún fuero municipal castellano, sino por el Fuero Juzgo y otras obras del Derecho romano canónico, con lo que preparaba la recepción de las mismas en Castilla.

⁵⁸ *Ídem*. Pág. 73. “*Las Partidas* estarán vigentes en Castilla desde 1348 hasta el siglo XIX, en que se van derogando a medida que aparecen los códigos liberales (el civil en 1888-1889). Además, se extenderá como derecho supletorio en algún momento a Navarra y Vascongadas. En el siglo XVIII se aplicará, junto al derecho castellano en general, en Valencia, (que perdió sus fueros en 1707, y no los recuperó) y, más adelante, en Aragón, Cataluña y Mallorca. Esa es su grandeza. No es pues exagerado afirmar que son la obra más famosa de la historia de los Derechos hispánicos.”

Leyes y por estar dividida en siete partes -número simbólico- *Las Siete Partidas*. *Las Siete Partidas* “constituyen un completo tratado de todo el Derecho, fundamentalmente el *ius commune*, como no hay otro en el mundo (Alonso Pérez). Su propósito era unificar el Derecho castellano recogiendo en un Código el Derecho Romano y Canónico de su tiempo, no sólo el contenido en las fuentes legales, sino las aportaciones de la doctrina en torno a esas fuentes; también recoge lo esencial del Derecho Civil y Canónico español, leyes y costumbres nacionales. Su mayor mérito fue centrar las bases de un Derecho Civil *castellano*, que se impondrá lentamente, primero como Derecho propio, más tarde (ya a partir del XVIII) como Derecho común nacional.”⁵⁹

“La doctrina notarial de *Las Partidas*, <<la más completa formulación de la materia en Occidente>>, según Bono, se expone paralelamente a la doctrina de la cancillería real (por considerarla <<teoría notarial palatina>>), al igual que hizo el *Espéculo*, en dos amplios títulos de la Partida 3.^a (que habla de la Justicia, e como se ha de fazer ordenadamente en cada logar por palabra de juicio e por obre de fecho, para desembargar los pleitos>>): el XVIII, <<De las escrituras>> y el XIX, <<De los escrivanos e quantas maneras son dellos>>.

El Título XVIII, después de un proemio introductivo inspirado en el *Espéculo*, y de una ley primera sobre las clases de documentos, dedica las leyes 2 a 53 a la función notarial de la Corte del rey, comprendiendo el formulario de las cartas reales, casi todas ellas procedentes también del *Espéculo* (leyes 2 a 25); sus requisitos y su valor, también con fuente en el *Espéculo* (leyes 26 a 53). El resto (leyes 54 a 121) está dedicado a los escribanos de concejo: sobre el instrumento público (ley 54, que procede del *Espéculo*, y 55, que no procede, siendo una ley nueva); amplio formulario para los escribanos de concejo (leyes 56 a 110), casi todo dedicado a materias de Derecho privado, aunque no faltan las de público, este formulario no se basa en el *Espéculo*, que es abstracto, mientras que las fórmulas de *Partidas* son más completas y concretas, incluso son, a veces, copia de cartas de la época; y un amplio tratado sobre la validez, nulidad formal, falsedad y fuerza probatoria de las cartas (leyes 111 a 121), que toman en cuenta el *Espéculo*, pero no de manera tan absorbente como en otros lugares.

⁵⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Óp. cit.* Pág. 50.

El Título XIX constituye, en su proemio y dieciséis leyes que lo componen, un completo tratado de los escribanos, incluidos los de la Corte y los del concejo, cuyo estatuto personal aparece perfilado. Procede casi íntegramente del *Espéculo*, a veces con algunas modificaciones. *Las Partidas* añaden el proemio y las leyes 1,6,10, 11 y 16.⁶⁰

Posteriormente tenemos la Reforma de los Reyes Católicos, que de acuerdo con Otero y Valentín,⁶¹ se divide en dos épocas. La primera época, que no pasa del siglo XV, se refiere a diversas disposiciones de carácter disciplinar y de reducción en la concesión de oficios. “En concreto, en tal época: se restringe el nombramiento de Escribanos, y el comercio con los *oficios*; se someten a examen previo y otros requisitos para *el despacho* de su nombramiento; y en cuanto a la competencia peculiar de los Escribanos Reales y Públicos del Número, se determinan los asuntos *extrajudiciales*, y singularmente las enajenaciones de bienes raíces.”⁶²

La segunda época comprende todas las disposiciones, en materia notarial, emitidas durante el siglo XVI. Destacan dentro de éstas la creación del *protocolo*, con el propósito de encuadernar la matriz de las escrituras, para mayor seguridad de las mismas. En Alcalá de Henares, en 7 de junio de 1503, se dieron cinco leyes, sobre la formación del protocolo y otras disposiciones.⁶³

⁶⁰ SIMÓ SANTOJA, Vicente L. *Op.cit.* Pág. 76. A cerca del *Espéculo*, SIMÓ SANTOJA, Vicente L. *Op.cit.* Pág. 72, afirma: “algunos la consideran una obra privada, incluso una falsificación de *Las Partidas*, hecha por los partidarios de Sancho IV para alterar el orden sucesorio de la corona; otros, una obra reelaboración de *Las Partidas*, sea pública o privada; otros, la opinión dominante, un borrador e incluso una primera versión de *Las Partidas*. Para quienes se han fijado en su regulación notarial, no cabe duda de su precedencia a *Las Partidas*, y su posterioridad al fuero real.”

⁶¹ OTERO Y VALENTIN, Julio. *Op.cit.* Pág. 109

⁶² *Ídem.* Pág. 110

⁶³ *Ídem.* Pág. 113 Al respecto dice una de las disposiciones: “Mandamos que cada uno de los Escribanos haya de tener y tenga un *libro de protocolo*, *encuadrado* de pliego de papel entero, en el qual haya de escribir y escriba *por extenso* las notas de las escrituras que ante el pasaren, y se hobieren de hacer; en la cual dicha nota *se contenga toda la escritura* que se hobiere de otorgar *por extenso*, declarando las personas que lo otorgan, y el día y el mes y el año, y el lugar o casa donde se otorga y lo que se otorga; especificando *todas* las condiciones y partes y clausulas y renunciaciones y sumisiones que las dichas partes asientan.”

En el siglo XIX, deben destacarse, sobre todo, dos ordenamientos de la máxima importancia para el desarrollo del derecho notarial en España: la ley hipotecaria sancionada el 8 de febrero de 1861 y que comenzó a regir a partir del 1º de enero de 1863 y la ley orgánica del notariado de 28 de mayo de 1862.

La ley hipotecaria vino a establecer una reglamentación jurídica adecuada para la garantía del comercio con los inmuebles y de los derechos reales impuestos sobre los mismos, en virtud de que las disposiciones que existían al respecto, se decía: “Están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad; ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble; ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales.”⁶⁴

Como complemento indispensable de la legislación hipotecaria, el 28 de mayo de 1862 se promulgó la *Ley Orgánica del Notariado* y el 30 de diciembre del mismo año se creó el *Reglamento General para el Cumplimiento de la Ley del Notariado*. En su artículo primero, siguiendo el modelo francés, la ley definió al notario en los siguientes términos: “El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.” Habrá en todo el reino una sola clase de estos funcionarios.⁶⁵

⁶⁴ *Ídem*. Pág. 135

⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 145. La ley quedó dividida en seis títulos denominados: I. De los Notarios; II. Requisitos para obtener y ejercer la fe pública; III. Del protocolo y copias del mismo, que constituyen instrumento público; IV. De la propiedad y custodia de los protocolos e inspección de las notarías; V. Del gobierno y disciplina de los notarios; VI. Derechos y premios de las notarías. Dos disposiciones generales y diez disposiciones transitorias, y tuvo, según Otero y Valentín, como objetivos: “a) reorganizar y disciplinar a los órganos exclusivos; y desdoblándolos de los Tribunales - tomando solamente el concepto de la Ley francesa -, cualifica a los Notarios, de funcionarios a quienes se les confiere un cargo que antes se llamó oficio; o como dijo Ruíz Gómez, una facultad cargo. b) el fondo y actuación de la función se aprecia por las atribuciones y deberes de los funcionarios notarios. c) De los instrumentos públicos, solamente se ocupa, en general de las escrituras matrices y de sus copias, y de la conservación de aquellas; sin comprender nada referente a los actos mortis causa (Art. 29). No dice nada de las actas.”

Esta ley es de especial significación para nosotros, pues sirvió de modelo para algunos países hispanoamericanos, entre ellos sin duda México, según puede verse con su semejanza con la ley del 29 de noviembre de 1867 y la ley del Estado de México de 1875.

5. Francia. Ley del notariado del 25 ventoso del año 11 (marzo de 1803).

En Francia, tras la Revolución Francesa que suprime los privilegios y los oficios enajenados, durante el régimen de Napoleón se crea la famosa Ley del Notariado del 25 ventoso del año 11 (marzo de 1803) que concibió al notario como un funcionario público. Por su claridad conviene recordar un fragmento de su exposición de motivos:

“Al lado de los funcionarios que concilian y que juzgan los diferendos, la tranquilidad pública llama a otros funcionarios, quienes, consejeros desinteresados de las partes, así como redactores imparciales de sus voluntades, les hacen conocer todas las obligaciones que contraen, redactando sus compromisos con claridad, dándoles el carácter de acto auténtico y la fuerza de una sentencia dictada en última instancia, perpetuando su recuerdo y conservando su depósito con fidelidad, impidiendo que nazcan diferencias entre los hombre de buena fe, y quitando a los hombres, con la esperanza del éxito, el deseo de llevar a cabo un acto contestatario injusto. Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios: Esta institución es el Notariado...”⁶⁶

6. México precolombino.

En Tenochtitlán dice Pérez Fernández del Castillo, "antes del descubrimiento de América, no existieron en realidad notarios o escribanos en el sentido que se puede entender en la época

⁶⁶ CASTRO-GIRONA MARTINEZ, Juan Ignacio. *Óp. Cit.* Pág 11

contemporánea, [...]. Sin embargo, había un funcionario, el *tlacuilo*, a la manera del *escriba* egipcio, representado en la estatua que existe en el Museo del Cairo, de los *escribas* en Israel o los *mnemones* en Grecia, todos ellos personajes hábiles para escribir. La práctica en la redacción de contratos, relación de hechos y sus conocimientos legales los habilitaba para confeccionar documentos y asesorar a los contratantes cuando se necesitaba concertar una operación, sin tener el carácter de funcionarios, ni de fedatarios. Así, el *tlacuilo* por la actividad que desempeñaba, es el antepasado del escribano, coincidía por su ocupación con los *escribas*, *tabularii*, *chartularii*, *cancelarii* y *tabeliones* de otras épocas. El *tlacuilo*, era el artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos, por medio de signos ideográficos y pinturas con lo que se guardaba memoria de ellos de una manera creíble."⁶⁷

7. Época colonial. La Nueva España y el Derecho indiano.

Pasando a la Nueva España, los antecedentes notariales son los siguientes: en el siglo XV, la Península Ibérica se encontraba conformada por los reinos de Portugal, Castilla, Aragón y Navarra, además de los territorios ocupados por los árabes. Los portugueses iniciaron la búsqueda de una ruta marítima hacia las Indias Orientales (la Península de la India), para lo cual exploraron “la costa africana, ocuparon las islas Madeira y las Azores; cruzaron el Cabo Bojador (donde la tradición aseguraba que el mar hervía y el Sol ennegrecía a las personas); pasaron el Cabo Verde, la Costa de Oro y el temible Cabo de las Tormentas, hoy de la Buena Esperanza, en el extremo sur de África. Con estos avances establecieron un significativo tráfico de vinos, pescado, sal, oro y esclavos, todo lo cual convirtió a Portugal en una verdadera potencia en Europa.”⁶⁸ Lo anterior condujo a Portugal a la guerra con el reino de Castilla, en la que el Rey Portugués Alfonso V fue derrotado, y el matrimonio de los reyes Fernando de Aragón e

⁶⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Orígenes e Historia del Notariado en México*. Editorial Porrúa. México. 2009. Pág. 65.

⁶⁸ PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio; *Óp. cit.* Pág. 175.

Isabel de Castilla permitió unir ambas coronas, iniciando de este modo, ambos reinos, la “*Empresa de las Indias*,”⁶⁹ “los barcos españoles llegaron a las Islas Canarias; Castilla se apoderó del Estrecho de Gibraltar; Aragón tomó las Islas Baleares, Cerdeña y Sicilia, y celebró convenios de paz y comercio con Nápoles y Génova. A la vez, las fuerzas Castellano-Aragonesas cercaron el reino o califato de Córdoba, derrotaron a los árabes y los expulsaron definitivamente de la Península Ibérica el 2 de enero de 1492.”⁷⁰

A pesar de la idea dominante en esa época de que la tierra era plana, Cristóbal Colón logró convencer a la Reina Isabel de Castilla de que navegando hacia el occidente, y dada la redondez de la tierra, se podría llegar a la India, de ahí el nombre de *Indias Occidentales* con que se conoció a América.⁷¹ En consecuencia, se firmaron las Capitulaciones de Santa Fe del 17 de abril de 1492, en la Villa de Santa Fe de la Vega de Granada, por Colón y ambos reyes, para la expedición de Colón, estableciéndose que el viaje sería financiado por la Corona de Castilla y, las tierras descubiertas se incorporarían a esta Corona. “Es por eso que las Capitulaciones de Santa Fe se consideran el documento de iniciación del Derecho Indiano, ya que sus efectos tendrían lugar en un territorio que aún no se conocía, pero al que se pretendía llegar, y al que por error se llamaba *Indias Occidentales*.”⁷²

La firma del Tratado de Alcacovas en 1478, a raíz de la derrota de Portugal ante Castilla, permitió a los portugueses continuar explorando las costas de África, pero con el descubrimiento de las *Indias Occidentales*, el Rey Juan II de Portugal reclama los derechos exclusivos que tenía, por las Bulas Papales *Romanus Pontifex* de 1455, expedida por Nicolás V e *Inter Caetera* de 1456, expedida por Calixto III, sobre la ruta a Indias.⁷³ Para resolver el conflicto, España solicitó el arbitraje del Papa Alejandro VI, el cual lo resolvió mediante la

⁶⁹ *Ídem*. Pág. 176.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ídem*. Pág. 177.

⁷³ *Ídem*. Pág. 178.

expedición de cuatro bulas, todas del año de 1493, conocidas como *bulas o letras Alejandrinas*.⁷⁴ *Inter Caetera*, del 3 de mayo. Otorga a la Corona de Castilla la propiedad de las tierras descubiertas y por descubrir; *Eximia Devotiones*, manifiesta excomunión mayor a quien llegue a las tierras descubiertas sin permiso expreso de la Corona Castellana; *Inter Caetera*, del 4 de mayo, se denomina *De partición*, pues divide entre Portugal y Castilla los territorios marítimos a partir de una línea imaginaria (Alejandrina), trazada de norte a sur a 100 leguas al occidente de las Islas Azores y Cabo Verde. En este documento se hace una referencia directa a los notarios;⁷⁵ *Dudum Siquidem*, del 25 de septiembre, se denomina *De ampliación* porque concede a Castilla las tierras que se alcanzarán al este, sur y oeste de las Indias, sino estaban ya en posesión de un gobierno cristiano.⁷⁶

Ante el reclamo de Portugal contra estas bulas, que favorecían claramente a Castilla, el 7 de junio de 1494 se firmó el Tratado de Tordesillas, que modificó la línea Alejandrina para fijarla a 370 leguas de las Islas Azores y Cabo Verde. “Así Portugal ganó una extensión de 270 leguas, lo que luego le permitió tomar posesión de Brasil como colonia portuguesa.”⁷⁷

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ RÍOS HELLIG, Jorge. *La Práctica del derecho Notarial*. Séptima edición. Editorial Mc Graw Hill, México. Pág. 16. Para la historia del notariado latinoamericano es importante: la intervención de la bula *Inter Coetera* cuando dispuso: “[...] queremos [...] que a sus trasuntos, firmados de mano de notario público para ello requerido, y corroborados con sello de alguna persona constituida en dignidad eclesiástica, o de algún cabildo eclesiástico, se les dé la misma fe en juicio, y fuera de él, y en otra cualquier parte.

Entre los integrantes de la expedición realizada por Cristóbal Colon, se encontraba Don Rodrigo de Escobedo, escribano del Consulado del Mar, quien redactaba el diario de la expedición en nombre de los Reyes Católicos. La historia lo considera el primer escribano que ejerció en América, sobre todo porque dio fe de las actas de ocupación de la Corona española en tierras americanas.

Durante la conquista, los escribanos fungieron como fedatarios, así dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, creación de instituciones, de los asuntos que se trataron en los cabildos y de otros hechos relevantes sobre la historia de esa época.

Es relevante la figura de Hernán Cortes, jurista con profundo conocimiento de las leyes, que obtuvo esta formación a través del trabajo que desempeño como ayudante de escribano en Extremadura y Sevilla. En Santo Domingo solicitó que se le nombrara escribano del rey, pero su solicitud no prosperó; después participó en una expedición militar para sofocar una rebelión de indios salvajes de Amacaona, y el éxito de la campaña le valió obtener como premio una encomienda de indios y la escribanía del ayuntamiento de Azúa.

⁷⁶ Pérez de los Reyes, Marco Antonio; *Óp. cit.* Pág. 179.

⁷⁷ *Ibidem*.

La conquista del Nuevo Mundo significó el enfrentamiento de dos culturas, la europea y la de los pueblos autóctonos. La primera intención de los dominadores europeos –dice José Luis Soberanes– “era aplicar en las tierras recién conquistadas el **derecho castellano**. Posteriormente se fue creando un régimen jurídico propio para esas tierras, o sea, el derecho indiano, coexistiendo ambos ordenamientos, uno como norma general y otro como norma especial.”⁷⁸

Por derecho indiano debemos entender “el conjunto de normas, instituciones y principios filosófico-jurídicos que España aplicó en sus territorios de ultramar, a los que llamó las *Indias Occidentales*, de ahí el nombre de *indiano* con que se designa este Derecho histórico.”⁷⁹ No debe confundirse, como dice Pérez de los Reyes, con Derecho Indígena o Prehispánico, puesto que el Derecho Indiano “es el que estuvo vigente durante los siglos XV al XIX en esos territorios y no se aplicaba solamente a los naturales, sino también a los españoles, criollos, mestizos y demás castas del Nuevo Mundo. Así, el Derecho Indiano no es el derecho de los indios, sino de las Indias (las Indias Occidentales).”⁸⁰

Con motivo de la conquista, es de destacarse el papel que en cuestiones del notariado tuvo Hernán Cortés.⁸¹ En España, primero en Extremadura⁸² y después en Sevilla, Cortés se desempeñó como ayudante de escribano y ya en América, en Santo Domingo solicitó al Rey que se le nombrara Escribano del Rey, sin haberlo conseguido. Sin embargo, al fundar Diego Velásquez, Santiago de Baracoa, “Cortés tomó vecindad y obtuvo la escribanía de ese lugar.”⁸³ Al llegar Cortés al territorio de lo que hoy es el estado de Veracruz, fundó el Ayuntamiento de la Villa Rica de la Vera Cruz el diez de julio de 1519. Como expone

⁷⁸ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*. Editorial Porrúa. 10º ed. México. 2003. Pág. 37.

⁷⁹ PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Op. cit.* Pág. 163.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op.cit.* Pág. 13

⁸² Por su parte Carral y de Teresa, Luis. *Op. Cit*, Pág.59. Dice que Cortés “tenía una especial inclinación por las cuestiones del notariado, ya que primero en Valladolid practicó con un escribano....”

⁸³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op.cit.* Pág. 14.

Héctor Órnelas K., citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Cortés moviendo “en forma hábil a sus partidarios, logra que se le nombre Justicia Mayor y Capitán General, otorgándose ante el escribano del Rey Diego Godoy, los más amplios poderes para la dirección de la conquista, ganando así su primer batalla sobre sus adversarios por haberles arrebatado la bandera de la legalidad.”⁸⁴

Durante la Colonia se dieron importantes disposiciones legales y acontecimientos relevantes relativos al notariado, entre los que cabe destacar, la organización de los escribanos de la Ciudad de México, que habrían de denominarse *De Los Cuatro Evangelistas* del año de 1592 y el nacimiento del *Real Colegio de Escribanos de México*, Primer Colegio de Escribanos del continente y antecedente del *Colegio de Notarios de la Ciudad de México*.⁸⁵

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Op.cit.* Pág. 61. Afirma este autor: Entre las colecciones o recopilaciones que contienen disposiciones legales relacionadas con el ejercicio de la función notarial, son de mencionarse: “a) *El Cedulaario de PUGA*, que contiene dos reales cédulas, la primera de las cuales determina que el real escribano de minas debe desempeñar personalmente su función; disponiendo la segunda que no debe cobrar honorarios excesivos.

b) *El Cedulaario INDIANO DE DIEGO DE LA ENCINA*, que regula las características y uso del libro protocolar, el sistema de archivación y el manejo del oficio de escribanos de gobernación, y de escribanos de cámara de justicia.

Siguen las disposiciones incluidas en la Recopilación de Indias, y en los Autos Acordes, o sean los Reales Decretos, Pragmáticas y Cédulas recopiladas hasta 1775.

c) *La Recopilación Sumaria* de todos los Autos Acordes de la Real Audiencia y Sala de Crimen; y

d) *Las Pandectas Hispano-Mexicanas* de JUAN N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, que son una síntesis de las disposiciones genuinamente mexicanas sobre el notariado.

e) *Organización Notarial: Cofradía de los Cuatro Evangelistas*.- Desde 1573, los escribanos de la Ciudad de México decidieron formar una cofradía que se llamaron “De los Cuatro Evangelistas”, cuyas producciones y licencia son del año 1592. En 1777 decayó la institución como agrupación de escribanos porque admitió en su seno toda clase de personas.

f) *Real Colegio de Escribanos de México*.- Un grupo de escribanos de la ciudad de México inició en 1776 gestiones ante el Rey para erigir su colegio de escribanos, semejante al establecido en Madrid. La Real Audiencia y el Consejo de Indias intervinieron en la redacción de la constitución, las cuales, corregidas debidamente, fueron aprobadas, y el 22 de junio de 1792, el rey don Felipe V, le participa a la Audiencia de México haber concedido a los escribanos de cámara, a los reales y a los demás, autorización para que pudieran establecer colegio con el título de Real, bajo la protección del Consejo de Indias, autorizado para usar sello con armas reales y gozando de los privilegios correspondientes. El 27 de diciembre de 1792 se erigió solemnemente el Real Colegio de Escribanos de México bajo el patrocinio de los Cuatro Evangelistas. El 4 de enero de 1793, el Colegio estableció una Academia de pasantes y aspirantes, que otorgaba certificados de competencia para el ejercicio del cargo. Además, formó una biblioteca para uso de los estudiantes y de los escribanos.

Este Colegio, que se cree es el primer real colegio de escribanos del continente, ha funcionado ininterrumpidamente desde su fundación, y hoy se llama “Colegio de Notarios de la Ciudad de México.”

8. México independiente.

A partir de la independencia y hasta ya bien entrado el Siglo XIX (aproximadamente hasta 1867), y debido a la inestabilidad política que prevaleció en México, fue una etapa de profunda incertidumbre jurídica, en la que coexistieron leyes españolas y algunas disposiciones jurídicas emanadas del gobierno mexicano.

Una de las primeras disposiciones sobre la materia notarial es la circular de la Secretaría de Justicia del 1º de agosto de 1831, que contiene los “Requisitos para obtener título de escribano en el distrito federal y territorios.”⁸⁶

Durante el gobierno de Antonio López de Santanna se expidió, el 16 de diciembre de 1853, la *Ley Para Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común*, para todo el país. Incluye en su título 8º, una nueva organización para los escribanos.⁸⁷ Según Luis Carral,⁸⁸ constituye la primera organización *nacional* del notariado. Conforme a esta Ley, los escribanos estaban integrados dentro del poder judicial y continuaron existiendo los oficios públicos vendibles y renunciables.

En el segundo Imperio, fue promulgada por Maximiliano, el 21 de diciembre de 1865, la denominada Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, la cual hacía la diferencia entre escribano para efectos procesales (actuario o secretario de juzgado) y escribano de las actas de los particulares.⁸⁹

Durante el gobierno del Presidente Don Benito Juárez se promulgó el 29 de noviembre de 1867 la *Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal*. Esta Ley terminó con la venta de notarías (como se

⁸⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op.cit.* Pág. 26.

⁸⁷ CARRAL Y DE TERESA. Luis. *Op.cit.* Pág. 62

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ CORREA ROJO, Carlos. *Evolución del Notariado en el Distrito Federal 1865-2009*. Grupo Editorial Tomo, S.A de C.V., Primera Edición, julio 2009, México. Pág. 7.

recordara fue la ley francesa del 25 ventoso del año 11, seguida posteriormente por la ley española de 1862, la primera en suprimir la venta de oficios públicos), separó la actuación del notario y la del secretario de juzgado y sustituyó el signo por el sello notarial. Con fundamento en esta ley, el 14 de noviembre de 1870 se expidió el *Reglamento del Colegio Nacional de Escribanos*.⁹⁰

Esta ley y la de 1865 regulaban la actividad notarial en todo el país.⁹¹

9. Antecedentes Legislativos en el Distrito Federal.⁹²

Por la influencia que la legislación del Distrito Federal ha tenido en las legislaciones locales en toda la república, hare una breve reseña de los antecedentes legislativos en materia notarial en el Distrito Federal para posteriormente ver los propios del Estado de México, cuya legislación se tomará como base para este trabajo.

Ley de Notariado de 1901. El Presidente de la República Porfirio Díaz, promulgó el 10 de diciembre de 1901, la *Ley del Notariado* que entró en vigor el primero de enero de 1902. Esta Ley exige que el Notario tenga el título de Abogado.

Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1932. El 20 de enero de 1932, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la *Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales* que abrogó la de 1901. Esta ley excluyó a los testigos de la actuación notarial con excepción de los testigos instrumentales en el testamento; estableció el examen de aspirante a Notario y dio al Consejo de Notarios el carácter de Órgano Consultivo del Departamento del Distrito Federal.

⁹⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op.cit.* Pág. 43.

⁹¹ CORREA ROJO, Carlos. *Op.cit.* Pág. 7

⁹² Para un estudio amplio de ésta legislación puede verse Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Derecho Notarial* páginas 52 a 64 y Luis Carral y de Teresa *Derecho Notarial y Derecho Registral* páginas de la 62 a la 69 , Jorge Ríos Hellig *La Práctica del Derecho Notarial* páginas de la 22 a la 29. Correa Rojo, Carlos. *Evolución del Notariado en el Distrito Federal 1865-2009*. Todo el libro es una completa recopilación de la Legislación Notarial que ha estado vigente en el Distrito Federal desde la Ley promulgada en 1865.

Ley del Notariado para el Distrito y Territorios de 1945. Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 23 de febrero de 1946. Fue reformada en 1952, 1953 y 1966. Establece el examen de oposición para obtener la patente de Notario. Para participar en el examen se estableció como requisito tener el carácter de aspirante a Notario.

Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980. Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980 e inició su vigencia 60 días después de su publicación. Fue reformada el 6 de enero de 1994 cuando “se modificaron varios artículos de la ley del notariado, destacando entre ellos el 42 donde se establece que el protocolo ordinario será abierto, esto es, se formará por folios numerados y sellados que se encuadernarán en libros integrados por 200 folios. También se creó el “Libro de Registros de Cotejos” para simplificar este tipo de actas.”⁹³

La ley vigente es la *Ley del Notariado para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1999*, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de marzo del año 2000 y entró en vigor 60 días naturales a partir de su publicación. Esta ley se reformó por decreto de fecha 14 de septiembre del año 2000 y por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de enero de 2004 se reformó el artículo 18.

“El 25 de enero y el 19 de mayo del 2006 se publicaron en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, las reformas a la mencionada ley (LNDF de 30 de diciembre de 1999) que entre otros aspectos puntualizó con mayor precisión las obligaciones de los notarios frente a sus clientes y modificó el sistema de ubicación de las notarias de nueva creación, volviendo a la residencia por Delegación, aspectos relacionados en los exámenes de aspirante y aparición (sic),⁹⁴ cotejos de documentos, medidas de seguridad en la expedición de testimonios y certificaciones,

⁹³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op.cit.* Pág. 64.

⁹⁴ Seguramente es un error mecanográfico y quiere decir “oposición.”

y estructura de escritura pública, amén de cuestiones relativas a las visitas generales y especiales y procedimientos de queja en general.”⁹⁵

10. Antecedentes Legislativos en el Estado de México.

El Estado de México ha desarrollado, a través del tiempo, una importante actividad legislativa en materia notarial, que podemos reseñar en los siguientes términos:

a) *Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en Tribunales y Juzgados del Fuero Común.* Este ordenamiento, publicado por Decreto número dos de fecha 23 de mayo de 1837, es el primero, en la vida independiente del Estado de México, en contener disposiciones legales relativas al notariado. En él se señalaba “que dentro de los tres primeros meses de instalados los Tribunales Superiores, formaran un arancel de los honorarios y derechos que deban cobrarse por los jueces civiles de primera instancia, alcaldes, abogados, *escribanos*, y demás curiales.”⁹⁶ El arancel correspondiente fue aprobado mediante decreto número 15, del 12 de febrero de 1840, y al decir del Notario Franklin Libien Kauí⁹⁷ sus disposiciones, por lo que hace a los escribanos, contenidas en el capítulo IV, van más allá del mero arancel, al realizar un pleno reconocimiento de las funciones del escribano.

b) *Ley Orgánica de Escribanos Públicos del Estado de México de 1875.* Después de la publicación del decreto de 1840, a que se ha hecho referencia, se publicaron otros decretos entre los que destacan el del 3 de octubre de 1844 denominado “Suprimiendo las plazas de escribanos foráneos”⁹⁸ por el que se dejaron sin efecto los nombramientos de escribanos foráneos, quedando subsistentes

⁹⁵ RÍOS HELLIG, Jorge. *Op.cit.* Pág. 29.

⁹⁶ PANIAGUA HERNÁNDEZ, Hilda Leticia. *Escriba.* Revista del Colegio de Notarios del Estado de México. Numero Especial con motivo del Bicentenario de la Independencia y el Centenario de la Revolución. Estado de México MMX. Pág. 158

⁹⁷ LIBIEN KAUI, Franklin. *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México.* Número Especial con motivo del Bicentenario de la Independencia y el Centenario de la Revolución. Estado de México MMX. Pág. 141.

⁹⁸ *Ídem.* Pág. 145

únicamente los de la capital, y el del 19 de octubre de 1871 denominado “Sobre el modo de ejercer la notaría en el Estado”,⁹⁹ que estableció que sólo podrán ejercer la notaría en el Estado, los escribanos que tengan oficio público vendible y renunciable y los que sean arrendatarios o tenientes de los mismos oficios públicos. Sin embargo, la que podemos considerar como la primera ley en materia notarial del Estado de México, data del 10 de mayo de 1875, y se llamó *Ley Orgánica de Escribanos Públicos del Estado de México*.

Se trata de una ley muy completa para su tiempo, que consagra ya los principios fundamentales que inspiran a la función notarial. Constó de 75 artículos y 3 transitorios, que no obstante, siguieron la numeración ordinaria y que, por tanto, quedaron como artículos 76, 77 y 78. Estuvo dividida en 8 capítulos y contuvo, entre otras disposiciones, las siguientes:

Estableció -siguiendo la ley francesa del 25 ventoso del año 11 (marzo de 1803) y la ley española del 28 de mayo de 1862- que los notarios son funcionarios revestidos por el Estado de fe pública. En el artículo 1º señalaba: “Los escribanos son funcionarios revestidos por el estado, de fe pública, para el ejercicio de los actos de notario y actuario, en los casos y términos que previene esta ley.” Como notario, tenía como función, reducir “a instrumento público los actos, contratos y ultimas voluntades que las leyes lo prevengan o lo permitan,” y como actuario, estaba facultado para “autorizar en los casos y forma que determinan las leyes, los actos y diligencias judiciales.”

Dispuso que la función de escribano fuera incompatible con cualquier otro cargo o empleo público.

Estableció un riguroso procedimiento para la designación de escribano, que incluía la presentación de dos exámenes. Uno ante un jurado de 5 miembros y el otro ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado. El

⁹⁹ *Ídem*. Pág. 146

primer jurado, de acuerdo con el artículo séptimo, “será el mismo que conforme a la ley se nombra para el examen de recepción de abogados.” Además el sustentante debería de haber “sido examinado y aprobado en algún establecimiento público, en gramática castellana, aritmética, geografía, lógica y moral y tener además una letra clara,” y haber “cursado con aprovechamiento, teórica y prácticamente, por espacio de cinco años, en el despacho de algún Juez, Abogado o Escribano, los principios de derecho constitucional; y con arreglo a la legislación del Estado, procedimientos civiles y criminales, obligaciones y contratos, testamentos, toda clase de instrumentos públicos y demás disposiciones legales, propias del oficio de Escribano.”

El primer examen era de carácter teórico, es decir de conocimientos, y en el segundo debería llevar y leer “una escritura o instrumento sobre los puntos que el día anterior le hubiere designado el Presidente del Tribunal Superior.” En este segundo examen, que también incluía todas las materias del primero, examinaban y votaban “todos los Ministros, incluso el Fiscal.”

El escribano debía caucionar su desempeño “a satisfacción del Ejecutivo por la suma de quinientos a dos mil pesos, que fijará éste, atentas las circunstancias del Distrito para el que el Escribano ha sido nombrado.”

Se reconoció el carácter obligatorio de la función al ordenarse en el artículo 24: “Los Escribanos están obligados a ejercer sus funciones siempre que se les solicite para ello, a no ser que tengan causa legal para rehusarlo.”

Se les prohibió intervenir en asuntos en los que “ellos mismos, su muger (sic) ó pariente en línea recta en cualquier grado ni la colateral hasta el 4º civil inclusive,” tuvieran interés.

Se dispuso –asimismo- que todas las actuaciones estuvieran “en idioma castellano y en letra clara, sin abreviaturas ni enmendaduras, con las

fechas y cantidades en letra, aún en el caso de que sea necesario repetirlas por guarismos, y sin enterrrenglonaduras que no queden salvadas antes de las firmas y en el acto mismo de concluirse el documento.”

Se consagró el principio de *secrecía* al ordenarse en el artículo 30: “La revelación de actos ó del contenido de instrumentos ó diligencias que por su naturaleza deben reservarse, es de grave responsabilidad, y se castigará al Escribano culpable de este delito, con la de destitución é inhabilidad para el desempeño de otros empleos ó cargos públicos.”

Igualmente se estableció el principio de *inmediatez* de la función, al disponerse en el artículo 31 que todas las actuaciones “se practicarán personalmente por los Escribanos, sin encomendarlos a otra persona.”

Se establecieron un conjunto de reglas que deberían de observar los escribanos para la autorización de instrumentos públicos, como las relativas al protocolo, a la identificación de los otorgantes y de los testigos, debiendo los escribanos, al autorizar un instrumento, dar fe “del conocimiento de las partes, de su capacidad, profesión y vecindad actual” y de “haber leído el acto o contrato a las partes, en presencia de los testigos, y manifestando aquéllas su conformidad.”

El instrumento debería firmarse dentro de los quince días de su otorgamiento y de no ser así se inutilizaría, con expresión de la fecha poniendo la siguiente razón: “No pasó por no haberlo firmado los interesados.”

Se estableció el sistema de acuerdo con el cual: “Los Escribanos se sujetarán para el cobro de sus honorarios al arancel de 12 de febrero de 1840 y demás disposiciones relativas vigentes en el Estado, disminuyendo una tercera parte cuando funcionen como actuarios.”

Se implementó ya la supervisión del notario al disponerse en el artículo 73 que: “El Ejecutivo del Estado nombrará visitador de los Oficios

públicos, ya sea que estén servidos por Escribanos o por Jueces de Primera Instancia, siempre que lo creyere conveniente o a petición del Tribunal Superior.”

Esta ley suprimió en el Estado los oficios vendibles, disponiendo en el artículo 19 que: “Previa la competente indemnización a los legítimos poseedores, se procederá a la extinción (sic) de los Oficios públicos vendibles irrenunciables, para el servicio de los cuales continuarán nombrando tenientes las personas que para ello tengan derecho; más los electos deberán tener los requisitos que exige esta ley, a la que en todo caso deberán sujetarse. Los tenientes nombrados necesitan la ratificación del C. Gobernador del Estado y la expedición (sic) del correspondiente despacho, para entrar al desempeño de sus funciones.” En los artículos *transitorios* que continuaban, como ya se ha dicho, con la numeración corrida de la ley se agrega en el número 76 que: “Los Escribanos que con el carácter de tenientes o arrendatarios desempeñen actualmente los Oficios Públicos Vendibles y Renunciables que existen en el Estado, presentarán al Gobierno dentro de un mes contado desde la fecha de publicación de esta Ley, las constancias que acrediten la calidad del Oficio que sirven y el nombramiento o contrato celebrado con el propietario. En vista de esos documentos, el Ejecutivo ratificará o reprobará el nombramiento de teniente. Si pasado el mes no cumplieren los actuales servidores de los Oficios mencionados, con las prevenciones de este artículo, el Ejecutivo ordenará la clausura de dichos Oficios.”

c) *Ley Orgánica del Notariado del Estado de México*. Por decreto número cuatro de fecha 10 de octubre de 1916, que a su vez fue ratificado por el decreto número nueve de fecha 22 de agosto de 1917, se expidió la *Ley Orgánica del Notariado del Estado de México* que deroga la *Ley Orgánica de Escribanos Públicos* de 1875. Esta ley elimina la función de actuario que desempeñaban los notarios conforme a la legislación abrogada. Sin embargo, por reforma de fecha 18 de junio de 1919, se vuelven a otorgar funciones de actuarios a los notarios.

En el dictamen de la iniciativa de la reforma se dice:

“La profesión del Escribano Público abarcaba una doble función, la de Notariado y la de Actuario, y la ley que se reforma suprimió la última función, es decir, legisló para hechos consumados, lesionando de esa manera derechos adquiridos para todos aquellos que al dedicarse al estudio de la profesión de Escribanos y que a sabiendas ejercería esa doble función, produjo la ley citada efectos retroactivos. Usando las mismas palabras del autor de la iniciativa materia de este dictamen *derogar la ley de este punto, es reparar un perjuicio que indebida e innecesariamente se causó, [...] Los Escribanos Públicos como Actuarios hacían las veces de Secretarios de los Juzgados en el Ramo Civil y los litigantes se valían de su ministerio de una manera voluntaria, pagando los honorarios fijados por el Arancel 40. Es indiscutible que con los servicios de los Actuarios, el Erario del Estado economizaba los sueldos que hoy tienen los Secretarios, toda vez que como antes se expresó, los honorarios devengados por los Escribanos eran pagados por las partes y seguramente que la tramitación de los negocios era más regular, toda vez que no se ponían a las partes dificultades ningunas para la tramitación de sus negocios y sobre todo, no se relaja actualmente la administración de justicia. Cuando algún funcionario pretende quitarse una responsabilidad en el Ramo Civil, se entiende que los actuales que conforme a la nueva ley, usan de la muletilla que marca el autor de la iniciativa, con las palabras “*hasta hoy que lo permiten las preferentes atenciones del Juzgado en el Ramo Criminal,*” muletilla que no se usaba cuando los Escribanos ejercían su función de Actuarios, toda vez que estos cuidaban de que los acuerdos se proveyeran dentro de los términos legales.”*

La situación que refiere el dictamen en cita consiste en que tratándose de juzgados mixtos- civil y penal- como eran entonces, los funcionarios del juzgado le daban preferencia a la materia penal y desatendían la materia civil. Cuando los escribanos actuaban como actuarios, hacían las veces de secretarios del juzgado y esto permitía desahogar con prontitud los asuntos en el ramo civil.

La reforma abarcó otras disposiciones como la contenida en el artículo 17 de la ley, para permitir al escribano sacar el protocolo de su oficina

para redactar y autorizar testamentos, y la del artículo 34, para permitir a los escribanos desempeñar cargos de elección popular.

Asimismo, la ley les otorgó a los jueces de primera instancia o conciliadores, en su caso, las mismas funciones que a los notarios. Se estableció lo anterior en el artículo 4º de la ley: “Cuando las partes no quisieren servirse de Escribano, las funciones que les competen serán desempeñadas por el Juez de Primera Instancia o Conciliador en su caso, por Receptoría, quienes actuarán con testigos de asistencia.”

Por decreto número 45, publicado en la *Gaceta del Gobierno del Estado de México* de fecha 4 de junio de 1927, se produce una nueva reforma a la Ley de Notarios del Estado y se adiciona el capítulo noveno.

La Constitución vigente del Estado de México, promulgada el día 31 de octubre de 1917, contenía en su texto original disposiciones relativas a las Instituciones del Notariado y del Registro Público de la Propiedad, cuyo análisis se comentará posteriormente. Entre otras disposiciones el artículo 218 establecía lo siguiente:

Artículo 218. Las Leyes que se dicten sobre el Notariado se sujetarán a las bases siguientes:

- I. Todos los contratos que se refieran a bienes raíces, cuyo valor no exceda de doscientos pesos, se celebrarán en acta privada.
- II. Todos los testamentos que tengan por objeto de bienes raíces, cuyo valor no exceda de un mil pesos, serán hechos en acta privada también;
- III. Todas las actas privadas a que se refieren las fracciones anteriores, deberán extenderse en los ejemplares necesarios y uno más los que ratificarán los Interesados ante Agentes Notariales que se crearán al efecto, quienes formarán con los

ejemplares excedentes, protocolos que conservarán en sus archivos;

IV. Habrá tantos Agentes Notariales cuantos a juicio del Ejecutivo del Estado sean necesarios para que por lo menos haya uno por cada Municipalidad.

Para cumplir con el mandato constitucional, con la reforma se adiciona el capítulo nueve de la ley, creándose los agentes notariales, que fueron una especie de notarios de cuantía menor y para casos excepcionales.

De acuerdo con el nuevo artículo 111: “Agente Notarial es el funcionario revestido por el Estado de Fe Pública para hacer constar conforme a las Leyes los actos que, según la Constitución local, deben ratificarse ante ellos,” y conforme al artículo 112: “Los Agentes Notariales deberán ser nombrados por el Ejecutivo del Estado, quien podrá removerlos libremente.”

Los *agentes notariales*, de acuerdo con la Constitución, podían conocer de todos aquellos contratos cuyo valor no excediera de doscientos pesos y de testamentos cuyo valor no excediera de mil pesos. Además, mencionaba la ley, que “en los casos en que no hubiere notario en el lugar y se trate de un acto violento, podrán autorizar documentos cualquiera que sea el valor de los bienes, debiendo en este caso enviarlos a la Notaría del Distrito para su protocolización.”

d) *Ley del Notariado del Estado de México*. Por decreto número 48, de fecha 16 de junio de 1937, se expidió la *Ley del Notariado del Estado de México*, que entró en vigor el 1º de julio de 1937.

De acuerdo con esta ley, el Gobernador del Estado tenía la facultad exclusiva de *otorgar la función notarial* y suprime el requisito del examen para el nombramiento de notario, siendo suficiente acreditar el

título de abogado expedido por Universidad o establecimiento oficialmente reconocido.

La ley determinó, en el artículo 1º, que el ejercicio del notariado correspondía a los notarios públicos de número y a los jueces de primera instancia y jueces menores de cabecera de municipio. Posteriormente, en el título tercero, capítulo único dedicado a la actuación notarial del personal de justicia, estableció que en los lugares donde el notario faltare accidentalmente, podían ejercer todas las funciones notariales por receptoría, los juzgados de primera instancia, excepto las de recibir minutas en depósito y hacer protocolizaciones y, agregaba, que cuando no hubiera notario, ni juez de primera instancia, los juzgados conciliadores municipales (se entiende que se refiere a los juzgados menores municipales) actuarían por receptoría.

La actuación por receptoría, establecía la ley, tendría que hacerse en actas destacadas: “Cuando se trate de escrituras públicas, el acta destacada donde se haga constar se remitirá para su protocolización a un Notario de Número de la Cabecera del Distrito Judicial correspondiente, o al Juez de Primera Instancia que esté ejerciendo las funciones notariales con autorización.” Y agregaba, en el artículo 99: “Los Jueces de Primera Instancia podrán ejercer las funciones notariales, en los términos y con la amplitud de los Notarios de Número, previa autorización del Ejecutivo, y sólo en aquellos lugares donde no haya o habiéndolo, esté suspenso o impedido. Para obtener tal autorización deberán otorgar la fianza o cualquiera de las otras garantías que exija esta Ley. Cuando desaparezca la suspensión o el impedimento del Notario y reanude éste el ejercicio de sus funciones, los Jueces podrán seguir actuando durante seis meses. Pasado este tiempo enviarán su protocolo y anexos al Archivo General de Notarías terminando sus actividades notariales.”

Como puede verse, la ley establecía dos sistemas para la actuación notarial del personal de justicia: El juez de primera instancia o menor municipal que actuaba por receptoría y el juez de primera instancia que

actuaba por autorización. El primer caso se daba por una falta accidental del notario o cuando, tratándose de jueces menores, no hubiere notario ni juez de primera instancia. El segundo caso era sólo para jueces de primera instancia, cuando no hubiese notario o de haberlo, estuviera suspendido o impedido.

La ley autorizó al notario, además de sus funciones propias como fedatario público, las de desempeñar cargo o comisión públicos retribuidos por el erario, sólo en los ramos de educación y beneficencia pública y privada, las de resolver consultas jurídicas verbalmente o por escrito, la de ser árbitro o secretario en juicio arbitral, ser mandatario de su esposa, ascendientes y descendientes en línea recta y desempeñar la tutela y curatela legítimas. Autorizó –asimismo- al notario a pedir licencia para desempeñar algún cargo de elección popular.

Se permitieron “las permutas del cargo notarial entre los notarios, siempre que a juicio del Ejecutivo del Estado no se perjudique el servicio público.”

La ley establecía la figura del *notario sustituto*. El artículo 76 de la ley señalaba que el Gobernador del Estado podía conceder licencia a los notarios para separarse de su cargo hasta por el término de dos años. En estos casos, de acuerdo con el artículo citado, “se nombrará sustituto para que atienda el despacho de la Notaría durante el tiempo que dure la licencia; dicho sustituto deberá llenar todos los requisitos que señale esta Ley para el nombramiento y ejercicio de la función notarial.” Asimismo, establecía el artículo 87, que se designaría notario sustituto cuando se tratase de un notario suspendido, enfermo o ausente.

Una importante aportación de esta Ley es la creación del Archivo General de Notarías del Estado de México. La ley dispuso que: “Habrá en la Ciudad de Toluca, en la Oficina del Registro Público de la Propiedad, una Sección especialmente encargada del Archivo General de Notarías del Estado,” el cual, “dependerá directamente del Registro

Público y estará a cargo de una persona que se denominará *Director del Archivo General de Notarías* que será nombrado y removido libremente por el Gobernador.”

Asimismo, la ley crea el Consejo de Notarios estableciendo que: “En la capital del Estado se establecerá un Consejo de Notarios compuesto de un Presidente, un Secretario y un Vocal, que serán electos por los Notarios residentes en la mencionada capital.” Esta última disposición constituyó, sin duda, una clara discriminación respecto de los demás notarios del Estado de México, aunque se explica por razón de la cercanía de los notarios de la capital del Estado con los poderes públicos del Estado, en una época en que las comunicaciones eran más difíciles.

e) *Ley del Notariado del Estado de México*. La Ley de 1937 fue abrogada por la *Ley del Notariado del Estado de México*, del 18 de abril de 1956. De acuerdo con esta ley: “El ejercicio del notariado en el Estado de México, es una función de orden público a cargo del Ejecutivo del Estado, quien la ejercerá por Delegación en profesionales del Derecho, en virtud del fiat que les expida para su desempeño.”

De conformidad con la ley, la función notarial se ejercerá en el Estado por: a) los notarios públicos de número y b) por los jueces de primera instancia y jueces menores municipales.

La nueva ley estableció entre otras las siguientes disposiciones.

Los notarios deberían residir en el lugar donde tuvieran establecida la notaría.

La policía estaba obligada a prestar al notario el auxilio necesario para que pudiera llevar a cabo las diligencias que debiera practicar conforme a la ley.

Se autorizó al notario a llevar simultáneamente hasta seis libros de protocolo.

Se obligó al notario a dar aviso al Archivo General de Notarías del otorgamiento de algún testamento, expresando la fecha, nombre del testador y sus generales; y si el testamento fuere cerrado además el lugar y persona en cuyo poder quedara depositado. Ordenaba al Archivo General de Notarías a llevar un libro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas con los datos mencionados. Los jueces, ante quienes se denunciara un intestado, deberían recabar del Archivo la noticia de si había anotación en dicho libro referente al otorgamiento de algún testamento del *de cujus*.

La dirección del notariado quedó a cargo del Ejecutivo del Estado, quien por sí o por conducto de la dependencia competente, de conformidad con la Ley Orgánica respectiva, debería dictar todas las medidas conducentes para el exacto cumplimiento de la ley.

Los requisitos para ser notario eran simplemente ser mexicano por nacimiento y haber cumplido 25 años, tener título de licenciado en derecho y dos años de práctica profesional y no tener ningún impedimento de los que la propia ley señalaba.

Esta ley crea la figura del notario interino al ordenar que en los casos de separación de los notarios por licencia o suspensión, el Ejecutivo del Estado al conceder aquélla u ordenar ésta, designará al notario que deberá hacerse *interinamente* del protocolo.

Por lo que se refiere a la actuación del personal de justicia en materia notarial, la ley conserva el sistema establecido en la ley anterior. De tal suerte dispuso en el artículo 126 que: “Actúan por receptoría los Jueces de Primera Instancia y los Jueces Menores Municipales, cuando ejercen las funciones notariales en forma accidental, por ausencia del notario autorizado para actuar en el Distrito,” y en el artículo 127 que: “Los Jueces Menores Municipales sólo podrán actuar en los Municipios

que no sean Cabecera de Distrito cuando faltare el Juez de Primera Instancia.”

Finalmente la ley establece el régimen de visitas para supervisar la función notarial, estableciendo una visita ordinaria o general que debería practicarse cada año y una visita especial que se realizaría por orden del Ejecutivo, cuando hubiere alguna queja o algún otro motivo.

f) *Ley Orgánica del Notariado del Estado de México*. Por decreto número 30, publicado en la Gaceta de Gobierno de fecha 11 de octubre de 1972, se crea la *Ley Orgánica del Notariado del Estado de México* que aboga la Ley del Notariado de 1956. La nueva ley entró en vigor el día 1º de enero de 1973.

Esta ley reserva el ejercicio de la función notarial exclusivamente a los notarios titulares de una notaría de número y por quienes deban sustituirlos conforme a la ley. Es decir, suprime las atribuciones que tenían los jueces en materia notarial. El artículo segundo transitorio ordenó: “Mientras el Ejecutivo del Estado designe Notarios Titulares en los Distritos Judiciales en los que no los hay, continuarán desempeñando esa función los Jueces que actualmente la atienden o quienes los sustituyan,” y el artículo tercero transitorio dispuso: “Tendrán preferencia para ser Notarios Titulares en el Distrito que llenen esa función, los Jueces de Primera Instancia que en un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha en que se les comunique haberse ordenado la desvinculación de la Notaria del Juzgado a su cargo, demuestren ante el Ejecutivo, cumplir los requisitos que en esta Ley se exigen para la obtención de ese nombramiento.”

La ley ordenó que el nombramiento de notario fuera otorgado por el Gobernador del Estado y derivó al Reglamento los requisitos que deberían llenarse para tal efecto. Sin embargo, posteriormente, se adicionó el artículo 10-A en el que se fijaron los requisitos para poder ser aspirante a notario, entre los cuales se exigió la práctica notarial en

alguna notaría del Estado por un periodo mínimo de un año y aprobar el examen de aspirante a notario.

La ley creó el sistema de la suplencia entre los notarios. Señalaba el artículo 24: “Los Notarios de una misma adscripción deberán celebrar convenios para suplirse recíprocamente en sus faltas temporales relativas al artículo que antecede. Cuando sólo haya un Notario el convenio lo celebrara con Notarios de las adscripciones más cercanas a la suya. Dicho convenio deberá celebrarse dentro de los 30 días hábiles siguientes a su protesta.” Y en el artículo 40 disponía: “En caso de cesación definitiva de un Notario Titular, el Ejecutivo hará el nuevo nombramiento.”

Asimismo se adicionó el artículo 5-A en los siguientes términos: “El Ejecutivo del Estado podrá requerir a los Notarios Públicos, a través del Consejo de Notarios, para el efecto de que realicen las funciones inherentes a su cargo en Programas Públicos de Regularización de la Tenencia de la Tierra y de Escrituración de Vivienda de Interés Social, conforme a las bases y condiciones que se establezcan en el Acuerdo que dicte el Ejecutivo.”

Se amplió, hasta diez, el número de libros que los notarios podían llevar simultáneamente y se crea el protocolo especial para hacer constar las operaciones en que el Estado, sus Municipios y los Organismos Públicos Descentralizados o Coordinados de carácter estatal fueran parte, y para aquellos actos celebrados por Organismos Públicos, cuya finalidad fuera el fomento y la construcción de vivienda de interés social o regularización de la tenencia de la tierra, se autorizó el protocolo especial abierto.

Se suprimió el carácter vitalicio del notario y se fijó como edad máxima para el desempeño del cargo 70 años.

g) *Ley Orgánica del Notariado del Estado de México de 1994*. Por decreto número 60, se publicó en la *Gaceta de Gobierno* del día 23 de

septiembre de 1994, la *Ley Orgánica del Notariado del Estado de México*, que abrogó la Ley Orgánica del Notariado del Estado de México de 1972.

Esta ley definió al notario como “el profesional del derecho a quien el Ejecutivo del Estado haya otorgado nombramiento para ejercer las funciones propias del notariado, investido de fe pública.”

Agregó a las funciones clásicas de los notarios de dar formalidad a los actos jurídicos y dar fe de hechos, la de “tramitar los procedimientos no contenciosos que los interesados le solicitan.”

Estableció el examen de oposición para poder ingresar a la función notarial y exigió como requisito, para presentar el examen de oposición, “tener constancia vigente de aspirante a notario.”

Creó la categoría de *notario provisional*, el cual podría ser designado por el Ejecutivo del Estado para cubrir la vacante de una notaría ya creada, en tanto se procedía al nombramiento del titular, y agregó: “si después de transcurrido un año (el Notario Provisional) demuestra experiencia, capacidad y eficiencia en el desempeño de la función evaluado a satisfacción de la Secretaría y el Colegio, el Ejecutivo lo podrá nombrar Notario Titular.”

Creó en el Estado de México la figura de la asociación de notarios, permitiendo que: “Dos notarios titulares de un mismo lugar de residencia podrán asociarse por el tiempo que convengan, para actuar indistintamente en el protocolo del notario con mayor antigüedad en el ejercicio notarial.”

Conservó el límite de 70 años como edad máxima para desempeñar el cargo de notario.

Un avance muy significativo que introdujo esta ley fue la creación del protocolo abierto. Al respecto el artículo 50 de la ley dispuso: “Protocolo

es el libro o conjunto de libros que se forman con *los folios separados*, autorizados y numerados en los que el notario asienta y autentica, con las formalidades de Ley, los actos y hechos jurídicos otorgados ante su fe, así como los libros de registro de cotejos y ratificaciones y sus correspondientes apéndices e índices.”

Los procedimientos no contenciosos que la ley autorizó a los notarios a tramitar fueron los juicios intestamentario y testamentario.

Transformó el Consejo de Notarios en Colegio de Notarios del Estado de México, imponiendo la colegiación obligatoria.

h) *Ley del Notariado del Estado de México*. Finalmente la ley vigente fue publicada en la *Gaceta de Gobierno*, por decreto número 54, de fecha 3 de enero de 2002.

Conforme a la nueva ley, los notarios del Estado de México pueden ya ejercer su función en todo el territorio del Estado, dejando de estar limitados al distrito judicial de su residencia. Por tal motivo, con fecha 25 de febrero de 2002, se realizó una reordenación de los notarios de la entidad, asignándoles una numeración corrida, tomando como referencia la antigüedad de la Notaría correspondiente.

CAPÍTULO II

DERECHO Y FUNCIÓN NOTARIAL.

1.El Derecho Notarial como función de seguridad jurídica preventiva.

A LA ACTIVIDAD QUE REALIZAN los notarios se le llama genéricamente *función notarial*; al derecho que la regula, *Derecho Notarial*. Sin embargo, el concepto de *función* puede entenderse de dos maneras, según se refiera al concepto mismo del Derecho o a su aplicación. En el primer caso *función* tiene que ver con el *fin* del Derecho y, en el segundo, con la *forma* como el fin se cumple. En el primer sentido se responde a la pregunta ¿para qué sirve el Derecho?, en el segundo, a la cuestión ¿cómo realiza el Derecho su fin o propósito?

En el presente capítulo haremos primero el análisis *funcional*¹⁰⁰ del derecho notarial, es decir, partiremos de la pregunta ¿para qué sirve el Derecho notarial? ¿Qué función tiene? Para después, y en consecuencia, señalar sus principales características. En el siguiente capítulo haremos el estudio de los mecanismos de control de la legalidad que el sistema notarial despliega para realizar su finalidad; es decir, veremos la forma como el Derecho notarial realiza su función.

Antes de iniciar el estudio de este tema debemos precisar que nos referiremos únicamente al *notariado latino* que da lugar a la función notarial, y que es al que pertenecen tanto el notariado mexicano y

¹⁰⁰ ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Distribuciones Fontamara, S.A. México. 2008. Pág. 51. “Suele afirmarse que la teoría del Derecho ha tendido, hasta fechas muy recientes, a privilegiar los aspectos estructurales del Derecho en detrimento de los funcionales. Ello es cierto, pero solo hasta un determinado punto. La filosofía del Derecho ha tratado de contestar, desde siempre, a esta cuestión aunque, en general desde una perspectiva que no es la que aquí adoptaremos. Por otro lado el aspecto funcional estaba también presente- aunque insuficientemente desarrollado- en la obra de uno de los juristas más importantes del siglo pasado, R. Ihering. Kelsen tenía plena conciencia de que el Derecho, en cuanto conjunto de normas, no era otra cosa que una técnica de organización social, un orden de la conducta humana. El elemento funcional es todavía más relevante [...] en la obra de H. Hart...”

latinoamericano en general, cuanto los Estados miembros de la Comunidad Europea, pues en el derecho anglo-sajón, el notario es una persona cuya intervención se limita a dar autenticidad de las firmas que aparecen en el documento.

La perspectiva funcional del análisis de la noción del Derecho notarial es de elaboración reciente. En las primeras tesis que se propusieron para explicar la naturaleza de este Derecho se realizó un análisis estructural, es decir, se pretendió responder a la pregunta ¿cómo es el Derecho Notarial? Y se sostuvo la idea de que en el desarrollo de la actividad notarial se generaba *una relación jurídica notarial* semejante a la relación procesal. De acuerdo con Mezquita del Cacho¹⁰¹, el principal defensor de esta tesis fue Sanahuja Soler en su *Tratado de Derecho Notarial*. Expone Mezquita del Cacho que para este autor la actividad notarial es sustancial o genéricamente un <<acto de jurisdicción>> en el sentido de que no se limita a la autenticación de hechos, sino que se extiende al nexo jurídico, cubriéndolo con un juicio de valor formulado con carácter oficial o público y relativo a su validez en derecho. Dice que para Sanahuja “a esta función podremos llamarla legitimación, o legalización; pero debe dejarse sentada su índole jurisdiccional. Así como la función del juez, aparte de jurisdiccional, es en ciertos extremos autenticadora, la del notario es, aparte de autenticadora, jurisdiccional en otros aspectos.”¹⁰²

Posteriormente, González Palomino la comparte en un primer trabajo (*Hacia un Derecho Notarial*, aunque después rectifica) en donde propone que el camino es el mismo que siguió el Derecho procesal: “Separar la relación jurídica sustancial que en el documento se contiene, de lo que el documento mismo aporta. Investigar si hay una relación jurídica notarial. Cuáles son sus elementos. Cuáles sus presupuestos. Cuál su biografía. Cuál su eficacia. Y qué recíprocas relaciones tiene con el derecho o relación sustancial.”¹⁰³ Sobre esta

¹⁰¹ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*. Tomo 2. Sistema español de Derecho Cautelar. Editorial Bosch., Casa Editorial S.A. Barcelona. 1989. 1º Edición. Pág.104.

¹⁰² *Ídem*. Pág. 418.

¹⁰³ PÉREZ DE MADRID C, Valerio. *Óp Cit*. Pág. 61.

tesis, R. Núñez Lagos, citado por Mezquita del Cacho, sostiene que no cabe hablar de relación jurídica notarial “<<por falta de sujeción>> (ya que no hay sumisión a *imperium* notarial alguno) y <<por falta de sucesión>> (ya que no hay auténtico procedimiento con plazos, términos y preclusiones).¹⁰⁴

Otros autores construyeron la noción de un derecho notarial autónomo sobre la base del *Instrumento* y la *forma*. En opinión de Mezquita del Cacho, Núñez Lagos es, sin duda, el autor “que con más ahínco y a través de una obra más intensa y extensa (aunque sin haber intentado una sistematización total) acometió la tarea de estructurar, con pretensión de autonomía plena, el Derecho notarial sobre la base exclusiva del instrumento público.”¹⁰⁵ Núñez Lagos partió de la distinción entre derecho notarial puro y derecho notarial aplicado y, respecto del primero, lo consideró como un derecho *formal*, el cual concibió como <<el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulan el instrumento público y la actividad documental del notario>>.¹⁰⁶ A su juicio, el derecho notarial formal no está independizado del derecho material, pues parte siempre de la distinción entre dos planos paralelos: el plano del *negotium* y el plano de *instrumentum*, planos entre los que se produce una recíproca interferencia.¹⁰⁷

En opinión de Mezquita del Cacho, todas aquellas tesis que pretenden asignar a la forma instrumental un valor negocial deben ser rechazadas. “Los efectos de la forma pública podrán ser queridos por los sujetos;

¹⁰⁴ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Pág. 104.

¹⁰⁵ *Ídem.* Pág. 105.

¹⁰⁶ PÉREZ DE MADRID C, Valerio. *Óp. Cit.* Pág. 62.

¹⁰⁷ *Ídem.* Pág. 63. Por su parte, abundando en este tema, agrega MEZQUITA DEL CACHO, José L. Tomo 2. *Óp. Cit.* Pág. 107. que R. Núñez Lagos “intentó efectivamente entronizar un lenguaje específico para explicar el fenómeno de los efectos jurídicos especiales del instrumento, recurriendo constantemente a la distinción de <<planos>> (del negocio y del instrumento) y de <<dimensiones>> (acto y papel) en el segundo de ellos; con lo que aspiraba a marcar netamente la separación entre el campo del puro Derecho Notarial (formal) y el del Derecho sustantivo notarialmente aplicado, para así sugerir que los efectos jurídicos del instrumento, aunque se proyectaran, tanto a efectos probatorios como sustanciales, en el campo del Derecho aplicado, derivaban de la institución formal documental aisladamente considerada, resultando de previsiones normativas singulares y específicas del Ordenamiento en las que la condición subjetiva de su autorizante, el notario, sería requisito, si bien desvinculado de la idea de *imperium*.”

pero –y en esto González Palomino intuyó la verdad sin llegar a expresarla de manera completa- no pueden ser arbitrados ni autorregulados por ellos; dado que se trata de una cuestión sustraída a la esfera de la autonomía negocial de la voluntad. Otorgar un instrumento es adherirse a unos efectos dados y predeterminados por la norma, que no cabe limitar, excluir parcialmente ni modalizar.”¹⁰⁸

A partir del indudable carácter público de la función notarial algunos tratadistas han sostenido su naturaleza puramente administrativa. Por ejemplo, Villalba Welsch, citado por Mezquita del Cacho, “recurrió a la teoría de la *Concesión* según la cual el Notario (o más propiamente la corporación notarial) detentarían una concesión administrativa para la prestación de un servicio público con la correspondiente investidura de función.”¹⁰⁹ Más tarde, este autor, aclara Mezquita del Cacho, revisaría su postura para considerar “la función notarial como una actividad especial y propia, o sea, *sui generis*, que reclama ser calificada desde la perspectiva de una autonomía disciplinar y no con arreglo a criterios de Derecho Administrativo.”¹¹⁰ El problema fundamental de las tesis puramente administrativistas es que reducen la función notarial a la delegación, por parte del Estado, de la fe pública a favor del notario, pasando por alto el conjunto de actos que, como profesional privado, independiente de la administración pública, realiza el notario.¹¹¹

Por otra parte, los fines de la función notarial son totalmente ajenos a los del Derecho Administrativo. Este tiene por objeto la tutela de intereses públicos, en tanto que la función notarial procura, como veremos, la tutela de las relaciones *jusprivatistas*, y el hecho de que

¹⁰⁸ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Pág. 107.

¹⁰⁹ *Ídem.* Pág. 427.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ PÉREZ DE MADRID C, Valerio. *Óp. Cit.* Pág. 64. Rodríguez Adrados, citado por Pérez de Madrid, considera que la función pública del notario es la función certificante, la labor de autenticar determinados hechos (*doy fe*) pero que limitar la función notarial a la dación de fe no es correcto, pues la función notarial “lejos de estar confinada en la esfera de los hechos, penetra profundamente en la esfera del derecho, colaborando con las partes en la formación del negocio a documentar. Es decir, la función privada o profesional del notario penetra en su función pública y le dota de una naturaleza especial... fundiéndose con ella y dando así lugar al nacimiento de la verdadera función notarial, única e inescindible, en la encrucijada de los intereses colectivos y los intereses privados.”

desde la administración se organice la función, no significa que esta sea administrativa.¹¹² Además, hace notar Mezquita del Cacho que la administración, en todos los actos en que interviene para asegurar el interés general, “opera necesariamente en calidad de parte; ya que por definición, los objetivos institucionalmente tutelados se hacen propios; y con ello, quiebra la perspectiva de imparcialidad, imprescindible para que el ciudadano pueda considerar que su derecho está en trance de protección.”¹¹³

La función notarial es una función compleja que no se puede explicar reduciéndola a uno sólo de sus elementos. De esta manera, considerarla como función privada, porque es prestada por un profesional privado; o como función jurisdiccional, porque se produce entre los interesados una relación jurídica parecida a una relación procesal o porque el notario conoce de algunos procedimientos que tradicionalmente han sido competencia de los tribunales, como la jurisdicción voluntaria;¹¹⁴ o como función instrumental o formal porque el notario genera un instrumento público con especiales efectos jurídicos; o como función administrativa, porque es delegataria de la fe pública del Estado, es un enfoque insuficiente y parcial. La función notarial no es posible entenderla sino a la luz del fin que persigue y que es, fundamentalmente, dotar a las relaciones de Derecho privado de seguridad y certeza jurídicas.

La doctrina notarialista moderna, siguiendo este enfoque funcionalista,¹¹⁵ pretende explicar la naturaleza de la función-Derecho notarial, *Derecho función*, podríamos decir, sobre la idea de la

¹¹² *Ídem*. Pág. 179.

¹¹³ *Ídem*. Pág. 180.

¹¹⁴ PÉREZ DE MADRID C, Valerio. *Óp. Cit.* Pág. 59. “Para otros autores el notario esta integrado en la Administración de Justicia, puesto que ejerce funciones de jurisdicción voluntaria y quizá porque históricamente la fe pública la obtiene el notario asumiendo ciertas funciones jurisdiccionales.”

¹¹⁵ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *Óp. Cit.* Pág. 60. “Otro sector doctrinal prefiere centrar sus esfuerzos en identificar cual es el fundamento último de la institución, concibiendo así la función notarial como una función *legitimadora*. [...]. Desarrollando esta tesis, todos los autores modernos inciden en la función notarial como **instrumento al servicio de la seguridad jurídica preventiva**, pues la misión del notario, a través de su labor de consejo, conformación de la voluntad negocial y autenticación, es evitar la producción de conflictos o, en caso de que éste se produzca, facilitar la labor judicial por la fe pública que el notario comunica al documento por el autorizado.”

seguridad jurídica preventiva, parte relevante de la *seguridad jurídica general* que debe garantizar el Estado.

2. Justicia y seguridad jurídica.

Aunque, por supuesto, el presente capítulo tiene por objeto el estudio del Derecho Notarial en consideración a sus fines, y no un estudio filosófico de la justicia, ni mucho menos, no podemos omitir una aproximación a ella, sólo en cuanto es necesario para entender la idea de la seguridad, como fin superior de la función notarial, habida cuenta –como veremos- de la indisoluble vinculación entre ellas. Quizá, la mejor forma de empezar esta aproximación es recordando las palabras de Kelsen, en su ensayo titulado *¿Qué es justicia?* y que fuera presentado por el autor, en la conferencia de despedida como miembro activo de la Universidad de California, en Berkeley en 1952. Manifiesta Kelsen que tras la pregunta de Pilatos a Jesús de Nazaret *¿Qué es la Verdad?*, se plantea, a raíz de la sangre derramada por Cristo, otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: *¿Qué es la Justicia?* y, afirma Kelsen, que ninguna otra cuestión “se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas.”¹¹⁶

2.1. La cuestión en Grecia.

Los filósofos de la antigua Grecia entendieron que la *Polis* tenía como finalidad básica realizar la virtud.

Para Platón la justicia más que una virtud especial, es la coordinadora y unificadora de todas las demás virtudes, “porque indica a todas, esto

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?*. Editorial Planeta- De Agostini, S.A. España. 1993. Pág. 35.

es, a la prudencia, a la fortaleza y a la templanza, su propio fin y función.”¹¹⁷

Aristóteles realiza un profundo y amplio estudio sobre la justicia. Coincide con Platón en que la justicia es un aspecto de la virtud y que como todas las virtudes debe mantenerse alejada de los extremos, o mejor dicho que el término medio es la virtud.¹¹⁸ Aristóteles, a diferencia de las demás escuelas filosóficas, considera que la justicia no trae su origen ni de Dios ni de las leyes, sino de la naturaleza. Comienza por distinguir una *justicia universal*, en *sentido amplio*, diciendo de ella “que, más que una virtud, es el conjunto de todas las virtudes, o sea la virtud entera por cuanto se refiere al bien y a la conveniencia de los demás; pero al lado de ésta, hay también una *justicia particular*, en *sentido estricto*, la cual es una parte de la virtud entera y tiene el carácter de referirse a las relaciones con los demás hombres. Ésta es la justicia cuya observancia es exigida por la ley, porque sin ella no podría existir el mantenimiento del orden social.”¹¹⁹ Refiriéndose a ésta justicia, Aristóteles formula su conocida distinción entre justicia *conmutativa* y justicia *distributiva*.¹²⁰ Bajo el primer aspecto la justicia es una *igualdad* y bajo el segundo una *proporción*.¹²¹

¹¹⁷ GIUSEPPE, Carle. *La vida del Derecho*. Editor Daniel Jorro. Madrid. 1912. Pág. 118.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara, S.A. Primera edición. México, 1995. Pág. 43. De acuerdo con Aristóteles, “Que el régimen intermedio es el mejor resulta obvio, ya que sólo él está libre de sediciones, pues donde es numerosa la clase media se origina con menos frecuencia revueltas y revoluciones entre los ciudadanos.” Afirma Bobbio que este asunto de la estabilidad, es verdaderamente central en la historia de las reflexiones sobre el “buen gobierno,” porque uno de los criterios fundamentales con base a los cuales se acostumbra distinguir (incluso hoy) el buen gobierno del malo es si éste es y en que medida “estable”.

¹¹⁹ GIUSEPPE, Carle. *Óp. Cit.* Pág. 118

¹²⁰ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. *Los griegos y el Derecho Natural*. Editorial Tecnos. Madrid. 1962. Pág. 102. “Lo justo es un medio y una igualdad con relación a cierta cosa y ciertas personas. Es una igualdad en las relaciones. Suponiendo iguales a las personas, para que la justicia sea realizada basta con que las cosas cambiadas tengan un valor igual. Esto es la justicia conmutativa, que se halla expresada en una proporción simplemente *aritmética*.”

Mucho más interesante y complicada, al tiempo que mucho más importante en Aristóteles, es otra *especie* de justicia, la justicia distributiva. Aquí se supone que las dos personas entre las cuales debe realizarse un reparto, no son iguales, y, por tanto, sus partes respectivas tampoco deben serlo. Para que en este caso el reparto sea justo, es preciso que las partes sean proporcionadas a los merecimientos de las personas. (proporción *geométrica*).

ATIENZA, Manuel. *Óp. Cit.* Pág. 93. “Precisamente, Aristóteles efectuó una distinción, que tuvo una gran fortuna histórica, entre justicia distributiva y justicia conmutativa, y que se basa en dos maneras distintas de entender la igualdad: como proporción geométrica o como proporción aritmética. La justicia que tiene lugar a

2.2.La cuestión en Roma.

Mientras los griegos contemplaron la justicia desde una perspectiva filosófica, concibiéndola como una virtud universal, que estaba en la esencia misma de la *Polis*, los romanos, en cambio, la entendieron como algo concreto, individualizado, aplicable en los tratos cotidianos, en los negocios de día a día, en la solución de los conflictos, definiéndola en consecuencia como *constans ac perpetua voluntas unicuique suum tribuendi* para significar, con ello, que la justicia no es un ideal etéreo, sino el producto concreto de una determinada voluntad.

La gran aportación de Roma a la civilización occidental fue subsumir la idea de justicia como materia específica de una nueva disciplina del conocimiento humano: *la jurisprudencia*. Para los filósofos griegos, como hemos dicho, la virtud era un ideal que debería realizar la *Polis*. La justicia estaba, por así decirlo, diluida en la sociedad; era una de las virtudes, para algunos, quizá la primera, pero no la única, que regían la vida de la *Polis*. El pueblo debía tener, como ideal, llevar una vida virtuosa, no sólo justa, y era obligación de la clase gobernante, velar por que así fuera. El caso de Sócrates es paradigmático en ese sentido. En Roma la justicia deja de ser esa virtud etérea, universal, inasible, para volverse algo tangible, real, concreto, el dar a cada quien lo suyo, una *aequitas*¹²²; pasa a ser, *ars aequi ac boni* que se materializaba en

en la *distribución* de los honores y de las demás cosas que el Estado puede dividir entre los ciudadanos, teniendo en cuenta el mérito, el valor, el rango, etcétera (de manera que el trato entre uno y otro de esos ciudadanos puede ser igual o desigual) es la *justicia distributiva*. Mientras que la justicia a través de la cual se da a cada uno en igual medida la llama Aristóteles justicia sinalagmática o rectificadora, y la tradición escolástica medieval (Fassó), *conmutativa*.”

¹²¹ GIUSEPPE, Carle. *Óp. Cit.* Pág. 119

¹²² ARGUELLO, Rodolfo. *Óp. Cit.* Pág. 10. “Los romanos no comprendieron lo que en tiempos actuales se califica como justicia objetiva, es decir, el derecho en su objeto y esencia, con la voz *iustitia*. Usaron el vocablo *aequitas*, que etimológicamente significa equidad, igualdad y que viene a ser el modelo al que debe acomodarse el derecho, la finalidad que debe cumplir el ordenamiento jurídico para que sus normas no sean inicuas, esto es, contrarias a lo justo. Pero como no todas las normas jurídicas responden a los fines del derecho o no se compadecen con el mismo constantemente, la *aequitas* se contrapone al mismo *ius*, se origina una antítesis entre lo *iustum* y lo *aequum*. Esta situación se presentó con el antiguo *ius civile* que necesitó del soplo vivificante de la equidad que le transmitió el pretor para que sus soluciones no condujeran a la iniquidad (*summum ius, summa iniuria*). En la edad cristiana la *aequitas* asume un contenido más acorde con el de humanidad y de ahí que aparezcan como sinónimos los términos *pietas, benignitas, charitas, benevolentia, clementia*.”

las relaciones civiles y, en caso de conflicto, era aplicada por un funcionario, un *judex*. De manera natural, en esta sociedad de jueces, aparece un personaje, *el jurista*, que era una autoridad en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*)¹²³ que con el tiempo, con sus opiniones, creará una nueva ciencia del conocimiento, *la jurisprudencia*. El estudio científico de la justicia aplicada a las relaciones de la personas. Esta ciencia recibirá, posteriormente, el nombre de Derecho.¹²⁴

¹²³ D'ORS, *Óp. Cit.* Pág. 27.

¹²⁴ D'ORS, *Óp. Cit.* Pág. 43. “La palabra <<directum>> (de donde <<derecho>>, <<dret>>, <<direito>>, <<diritto>>, <<droit>>, etc.) no procede de la tradición jurídica romana, sino que pertenece al lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judeo-cristiana: refleja la idea moralizante de que conducta justa es aquella que sigue el camino recto. La palabra propiamente romana es *ius* (de donde la derivación culta <<jurídico>>, <<jurista>>, etcétera), que significa <<lo justo>>, es decir, el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo: por los *iuris prudentes*.”

El desarrollo de esta nueva disciplina, la jurisprudencia, lo reseña Atienza en los siguientes términos: ATIENZA, Manuel. *Óp. Cit.* Pág. 165. “Mientras que muchas otras tradiciones culturales europeas (por ejemplo, la escultura, la literatura o la filosofía) suelen remontarse a la Grecia clásica, en el caso de la jurisprudencia el punto de partida es Roma. ¿Cuál es la razón de ello? Desde luego, los griegos poseyeron un Derecho, llevaron a cabo importantes obras de legislación (como la de Solón en Atenas) y escribieron tratados de filosofía del Derecho de valor duradero... pero no conocieron la figura del jurista, del profesional del Derecho. Quienes desempeñaban las funciones jurídicas (de jueces, abogados, legisladores, etcétera), tanto en Grecia como en los otros pueblos de la Antigüedad, no poseían una especial preparación jurídica, sino que eran hombres políticos, expertos en retórica, miembros de las clases superiores... La figura del jurista es una creación original de Roma, pero el jurista romano –por lo menos en el período de máximo desarrollo de la jurisprudencia- no era un operador del Derecho (juez, abogado, notario), sino quien poseía y elaboraba los conocimientos técnicos necesarios para la realización práctica del Derecho. [...]

“Otro aspecto importante a tener en cuenta es que hasta fines del siglo IV aC, la jurisprudencia romana fue una jurisprudencia pontifical; los expertos en Derecho eran los sacerdotes, y las cuestiones jurídicas permanecían estrechamente conectadas con las religiosas. Sin embargo, a partir de esta fecha la situación se alterará profundamente, como consecuencia de la aparición en número cada vez mayor de juristas laicos, esto es, de juristas que ejercían su profesión en nombre propio y no por su condición de miembros de un colegio pontifical. Hacia finales del siglo III, el *ius civile* estaba ya en su totalidad en manos de los juristas laicos, aunque éste no era el caso del Derecho público y del Derecho sagrado. El *ius civile* consistía, entonces, fundamentalmente, en los preceptos de las XII Tablas y en las interpretaciones de tales preceptos llevadas a cabo por la jurisprudencia. La función de los jurisprudentes radicaba en dar respuestas sobre la base de las leyes y las reglas jurídicas confeccionadas mediante la *interpretatio*.

“Hacia mediados del siglo II aC nos encontramos ya con una jurisprudencia romana madura. [...] A principios del siglo I aC, Q. Mucio Scevola escribe el primer manual de Derecho civil que puede considerarse también como la primera obra escrita de la jurisprudencia romana. [...]

“La jurisprudencia clásica comprende desde el advenimiento de Augusto hasta la muerte de Alejandro Severo (235 dC). La característica fundamental de este período, considerado aún hoy como una especie de <<edad de oro>> de la ciencia jurídica, es el análisis casuístico llevado a cabo por los juristas. Su actividad fundamental consistía en la elaboración de respuestas, de soluciones, a los casos que les planteaban los particulares y que tenían fuerza vinculante para los jueces. Pero ahora no ya como consecuencia de su propia autoridad, sino de la autoridad que concedía el príncipe a los juristas más destacados (*ius respondendi ex auctoritate principis*). [...] Durante estos dos siglos y medio, se produjo una abundante literatura jurídica en la que cabe destacar la llamada <<literatura problemática>>, que incluye tanto las publicaciones de respuestas dadas por los juristas a

Los griegos aportaron a la cultura occidental el ideal de la justicia como virtud universal; los romanos la convierten en una regla de Derecho que debe normar las relaciones de las personas, el *juris vinculum*: hacer justicia es aplicar el Derecho, y legan, a la posteridad, la *jurisprudencia* y los *juristas* (*prudentes justos*).

2.3.La cuestión en la Edad Media.

La Edad Media presenta poco movimiento en el desarrollo del pensamiento político, sobresaliendo como sus cumbres más elevadas, San Agustín y Santo Tomás, sin olvidar a personajes como Dante, Marsilio de Padua y Guillermo de Ockham¹²⁵, entre otros.

Con San Agustín se produce una transformación del concepto de justicia, al pasar, de un concepto secular, a un concepto puramente religioso, de acuerdo con el cual, la esencia de la justicia es la relación entre el hombre y Dios. La justicia, en su opinión, no existe en los estados que desconocen el Cristianismo, por consiguiente, "la justicia no es una creación del poder civil, sino un resultado de la potestad eclesiástica, que representa un principio de autoridad, con independencia del Estado."¹²⁶ Sin embargo, reconoce San Agustín que sin la justicia, "¿Qué serían en realidad los reinos sino bandas de ladrones?, y ¿qué son las bandas de ladrones sino pequeños reinos?"¹²⁷.

los casos propuestos por las partes, como las <<cuestiones>> planteadas con fines didácticos o de investigación. [...]

"Desde mediados del siglo III hasta comienzos del IV se desarrolla una primera jurisprudencia posclásica que se caracteriza por la desaparición de los grandes juristas (el último de ellos, Modestino, muere precisamente hacia mediados del siglo III) y, en general, por la decadencia de los estudios jurídicos. [...]

"A mediados del siglo VI en el imperio bizantino, se lleva a cabo la gran obra codificadora de Justiniano, [...]. El descubrimiento del Corpus iuris, (así se llamó después al conjunto de la recopilación) al final de la Alta Edad Media, lo que fue posible, en gran medida, por la obra de conservación de la cultura desarrollada por la Iglesia de Roma, fue el hecho determinante de la aparición de una jurisprudencia europea a partir del siglo XI.

¹²⁵ También nombrado como Guillermo de Occam.

¹²⁶ GETTEL, Raymond G. *Historia de las Ideas Políticas*. Editora Nacional. México D.F. 1967. Pág. 161.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *Óp. Cit.* Pág 62.

El siglo XIII, considerado como el corazón de la Edad Media, se nutre con el pensamiento de Santo Tomás de Aquino.¹²⁸ Santo Tomás fue un profundo conocedor de Aristóteles, cuyas ideas le llegaron “procedentes de Toledo, la Atenas de España, como resultado de traducciones de versiones árabes y judías de las obras del “Peripatético”, que, por lo mismo, se leían con grandes reservas.”¹²⁹ Santo Tomás trata de armonizar el pensamiento religioso, con la filosofía racionalista, y define la ley como “una ordenación de la razón para el bienestar común, promulgada por quien tiene a su cargo el gobierno de la comunidad”¹³⁰ y, de esta forma, introduce la idea de la ley positiva, que es aquella que es creada por el poder del Estado, pero, que no obstante, no puede oponerse a los principios fundamentales de la justicia.

La concepción tomista del Estado se funda en la noción del “bien común,” el cual se logra mediante la cooperación de los individuos bajo la dirección de un gobierno, que mantenga la paz y el orden.¹³¹

Si bien durante la Edad Media los teóricos del pensamiento político no se ocupan del problema de la seguridad y será hasta Hobbes, como en seguida veremos, cuando se haga el primer planteamiento en este sentido, ya la idea de la seguridad estaba en la sociedad como una necesidad que había que satisfacerse para hacer posible el comercio que empezó a desarrollarse, como veíamos, principalmente en algunas florecientes ciudades italianas en el siglo XII, y fue precisamente el notario quien cumplió esta función que requería el comercio. Podemos decir entonces que antes que los teóricos construyeran doctrinas para fundamentar la responsabilidad del Estado de satisfacer la seguridad en las relaciones privadas, ya la sociedad y el Derecho privado habían

¹²⁸ RÍOS ELIZONDO, Roberto. *El acto de Gobierno*. Editorial Porrúa. S.A. México. 1975. Pág. 124.

¹²⁹ *Ídem*. Pág. 130.

¹³⁰ GETTEL, Raymond G. *Óp. Cit.* Pág. 197.

¹³¹ RÍOS ELIZONDO, Roberto. *Óp. Cit.* Pág. 125. “Inspirándose en el Estagirita, Santo Tomás estimaba que la sociedad humana se apoya en un recíproco cambio de servicios, motivado por un deseo innato de bienestar, lo que viene a constituir el “bien común”, y como éste se logra por la cooperación de esfuerzos, según sean las actividades de los individuos, es menester que uno de ellos tenga la dirección o mando necesarios para obtener ese bien común, o lo que es lo mismo, que se instituya un gobierno que mantenga la paz y el orden, indispensables para una vida feliz y virtuosa, lo cual ha de obtenerse por medio de la ley, lo que para el padre Angélico era algo que pertenece a la razón y se ordena al bien común.”

proveído un medio de satisfacerla: el notario, que tiene como primer antecedente histórico, en el Derecho romano, a el tabelión, que luego fue retomado por la escuela de Bolonia y de ahí pasó a todos los países que siguen el Sistema Romano-Germánico.

2.4.La Edad Moderna. Nicolás Maquiavelo. Thomas Hobbes. El siglo XVIII, los filósofos de la ilustración y los enciclopedistas. La Revolución Francesa.

El siglo XV representa el amanecer de la Edad Moderna, y el primer pensador político de esta época es el florentino Nicolás Maquiavelo, que habrá de escribir una de las obras más importantes del pensamiento político de todos los tiempos: *El Príncipe*.¹³²

Maquiavelo estaba preocupado por la situación política de las ciudades italianas. Se oponía al Papado porque consideraba que era un impedimento para lograr la unificación italiana. Proclamó al Estado como un fin en sí mismo y toda su doctrina estuvo dirigida a defenderlo. Para lograrlo formuló la idea de “la *razón de Estado*,”¹³³ la cual en esencia consiste en que tanto para el Príncipe como los súbditos, lo más importante es el Estado.¹³⁴ A partir de Maquiavelo se inicia un nuevo camino en el pensamiento filosófico político. El orden y la seguridad se convertirán en el fundamento y fin del Estado. Los teóricos del contrato social, como Hobbes y Rousseau, se van a preocupar más por la seguridad, que por la justicia.

¹³² Maquiavelo es el primero en usar el término de Estado, en el sentido moderno de la palabra, para referirse a la organización política. Informa Jellinek que la necesidad de una palabra general que comprendiese la formación total del Estado fue atendida en Italia (JELLINEK, Georg. *Óp. Cit.* Pág. 155.). Justamente El Príncipe comienza con estas palabras: “Los Estados y soberanos que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres fueron, y son, repúblicas o principados.”

¹³³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional. México, D.F. 1978. Pág. 118. “<<La *raggione di Stato*>>. Es de especial importancia observar que precisamente en conexión con esta recepción del *jus publicum* romano, como Derecho Político de la Monarquía Absoluta, se introduce en la moderna ciencia jurídica no solo el concepto de un Derecho Privado esencialmente distinto del Derecho Público, sino, en general, el concepto del Estado como cosa distinta del Derecho. Es la <<ragioni di Stato>> de Machiavello, la célebre <<razón de Estado>>, cuyo nombre encubría la imposición de todo el complejo de postulados políticos favorables al príncipe y sus secuaces, frente al orden jurídico en vigor.”

¹³⁴ MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe*. Colección Atenea. Editores Mexicanos Unidos, S.A. México. 1985. Pág. 135. “Y en las acciones de los hombres, y particularmente de los príncipes, donde no hay apelación posible, se atiende a los resultados. Trate, pues un príncipe de vencer y conservar el Estado, que los medios siempre serán honorables y loados por todos.”

Hobbes, considerado como el teórico del Estado absoluto, puede ser también, con justicia, considerado como el primer gran teórico de la seguridad. En su libro *The Leviathan* (1651) sostiene que el hombre, antes del estado civil, vivía en un estado de naturaleza en el que los individuos estaban en guerra de todos contra todos y, por tanto, no fue la utilidad, sino la necesidad, lo que los llevó a pactar el no perjudicarse unos a otros. El hombre en estado de naturaleza viviría, entonces, una existencia <solitaria, pobre, sórdida, brutal y limitada>¹³⁵; sería “el hombre lobo del hombre” (*Hommo homini lupus*); en éste estado no hay ley, ni justicia, ni seguridad. Para evitar este estado, y que el individuo pueda conseguir la seguridad individual, sostiene que los hombres han celebrado un pacto, por el cual, todos transfieren al gobernante un poder absoluto sobre los demás. Hobbes, por tanto, ya no funda el poder absoluto del soberano en un derecho divino sino en un contrato social, idea que posteriormente es retomada por Rousseau. Con el pacto social los individuos pierden todos sus derechos y el soberano los posee todos.¹³⁶ Por esto, se dice, que Hobbes es el teórico del Estado absoluto.

En contra de la idea de Hobbes del Estado absoluto, Locke¹³⁷ da fundamentos democráticos al Estado y formula las bases jurídicas del liberalismo económico. Ciertamente la sociedad resulta de un contrato, pero este contrato no tiene como propósito suprimir los derechos naturales del individuo sino por el contrario garantizarlos. Propone la

¹³⁵ GETTEL, Raymond G. *Óp. Cit.* Pág. 356.

¹³⁶ MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 18. “<<El fin o designio de los hombres (que por naturaleza aman la libertad, y el dominio sobre los demás), al introducir sobre sí mismos esta restricción que es vivir formando un Estado, es la garantía de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más pacífica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra constante que es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que les tenga a raya y les sujete, por temor a la sanción, al cumplimiento de sus pactos>>...<<Los pactos que no se amparan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre;... si no se ha instituido un Poder o no es suficientemente fuerte para nuestra seguridad, cada uno fiará solamente, y podrá hacerlo justamente, sobre su propia fuerza y maña, para protegerse contra los demás hombres.>> <<Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una personación que por pactos mutuos realizados entre sí fue instituida por la multitud de los hombres y cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fuerza y medios de todos como lo juzgue oportuno para la seguridad de la paz y defensa común.>>”

¹³⁷ RÍOS ELIZONDO, Roberto. *Óp. Cit.* Pág. 203. Nació en la población de Wrington, condado de Bristol Inglaterra, el 29 de agosto de 1631. “John Locke viene a ser el creador de las ideas modernas sobre los sistemas de gobierno. Por lo pronto a él debe acreditarse si debemos ser justos, la idea de la necesidad de que los pueblos tengan una Constitución que limite los poderes del gobernante y, con ello, que evitar la tiranía.”

división de poderes como un medio de evitar el abuso del poder; idea que más tarde será desarrollada por Montesquieu, en su célebre libro, “Del espíritu de las leyes”.

El siglo XVIII, conocido como “de las luces”, se ilumina precisamente con el pensamiento de los filósofos de la ilustración, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, y de los enciclopedistas Diderot, Jaucourt y d’Alembert, entre otros. El largo y frívolo reinado de Luis XV (sesenta años) había llevado a Francia a la bancarrota, acrecentándose las diferencias entre los privilegios de las clases superiores y la miseria del pueblo, lo que finalmente conduciría a la Revolución Francesa. En este clima se produjo el pensamiento filosófico social de la ilustración. Estos filósofos al criticar el despotismo del Estado fecundan la idea de los derechos naturales que derivan de las necesidades naturales. “Un gobierno fracasa- se ha dicho con razón- cuando deja de reconocer y de dar la importancia necesaria a esas necesidades fundamentales de la naturaleza humana. En este sentido, como decían los *philosophes*, los derechos naturales son anteriores al Estado, ya que surgen de las continuas demandas del hombre... sigue siendo verdad que el Estado tiene que ser juzgado con arreglo a su capacidad para asegurar los derechos del hombre.”¹³⁸

A Montesquieu, cuyo pensamiento ha de influir poderosamente en el desarrollo de la Revolución Francesa,¹³⁹ le preocupa indudablemente la posición vulnerable del individuo ante el Estado. Considera que todo hombre investido de autoridad abusa de ella; quién lo diría, afirma Montesquieu, hasta la virtud necesita de límites y, en consecuencia, sostiene que para que no se pueda abusar del poder es preciso, por la disposición de las cosas, que el poder detenga al poder y la fórmula es, dividiéndolo. Dice Montesquieu: “Cuando el poder legislativo está unido al ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad,

¹³⁸ MAYER, J.P. *Trayectoria del Pensamiento Político*. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. 1966. Pág. 151. El autor hace esta cita que atribuye a Kingsley Martin en su libro “El pensamiento político liberal francés en el siglo XVIII” Pág 133.

¹³⁹ RÍOS ELIZONDO, Roberto. *Óp. Cit.* Pág. 231. Citando a H. Berthélemy: “Los primeros obreros de la Revolución Francesa, cuyo esfuerzo debió ser eficaz y duradera su influencia, han sido los discípulos de Montesquieu”

porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.”¹⁴⁰

La bancarrota del Estado (y con ella la miseria y el hambre en la población) y la insensibilidad de la clase gobernante determinaron el estallido de la Revolución Francesa. Sus líderes principales: Danton, Robespierre, Marat se inspiraron en las ideas de libertad, igualdad y fraternidad de los filósofos de la ilustración. Particularmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, recibe esta inspiración.¹⁴¹

Esta filosofía basada en principios que se consideran inmutables y eternos, que son inherentes al hombre por el sólo hecho de serlo y que, por lo mismo, las constituciones sólo reconocen, llevaría a la conformación del Estado de Derecho y, con él, al establecimiento del principio de legalidad, que sería fundamental en el desarrollo de la idea de la seguridad jurídica. No deja de ser paradójico, como dice Mezquita del Cacho, que “la noción de legalidad, concebida al impulso de una oleada jusnaturalista, habría de quedar asociada, desde el siguiente siglo, a las concepciones positivistas del Derecho; es decir, a

¹⁴⁰ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 21.

¹⁴¹ Así, por ejemplo, se aprecia en los siguientes artículos de la declaración:

I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública.

II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

III. La fuente de toda soberanía reside esencialmente en la Nación; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella.

VII. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.

las presentadas como encarnizadas enemigas del llamado Derecho Natural.”¹⁴²

2.5.Radbruch y la teoría de la seguridad jurídica. Recasens Siches. Jusnaturalismo y positivismo.

Manifiesta Mezquita del Cacho que corresponde a Radbruch haber sido el impulsor de la teoría de la seguridad jurídica que se hallaba sumida en profunda crisis valorativa a partir de 1900. En su libro *Filosofía del Derecho* fue Radbruch el primero en exponer sistemáticamente la teoría de la seguridad jurídica conjuntamente con las ideas de justicia y finalidad.¹⁴³

Considera Radbruch que la justicia es el principio específico del Derecho que nos da la pauta para su determinación conceptual, lo que le permite concebir al *Derecho* como *la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia*,¹⁴⁴ pero que el orden social no puede quedar abandonado a lo que cada quien considere como justo, sino que es necesario que esto quede establecido por una instancia superindividual, y que como esta misión no pueden cumplirla de momento la razón y la ciencia, debe ser asumida por la voluntad y el poder. En tal virtud concluye, que si bien la justicia es el fin remoto del Derecho, como regulación de la comunidad el Derecho tiene un fin próximo que es la *seguridad jurídica*. Su tesis la expone Radbruch en los siguientes términos: “El orden de la vida de relación no puede quedar abandonado a las concepciones jurídicas de los individuos, pues éstas ofrecen posiblemente a los distintos hombres indicaciones opuestas, sino que debe ser regulado, más bien, por una instancia superindividual. Sin embargo, como esta misión no pueden cumplirla de momento la razón y la ciencia, debe ser asumida por la voluntad y el poder: si nadie puede determinar qué es lo justo, alguien debe establecer qué debe ser lo jurídico. El Derecho es la regulación de la comunidad al servicio de la

¹⁴² MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 21.

¹⁴³ *Ídem.* Pág. 23.

¹⁴⁴ RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1º edición. 1933. Pág. 95.

justicia; su fin remoto es la justicia, pero precisamente como regulación de la comunidad tiene por fin próximo la seguridad jurídica y su misión es crear un orden superindividual, terminando así prácticamente, mediante una auténtica decisión, la lucha entre las concepciones individuales de justicia. Aquella misión remota sólo la llena el Derecho positivo en el caso de su justicia intrínseca, pero la misión próxima se cumple siempre, precisamente, por su positividad. La positividad del Derecho llega a ser así, en un modo altamente extraño, la presunción de su justicia: aspiración del concepto de Derecho justo es el llegar a ser positivo, así como es misión del Derecho positivo el ser intrínsecamente justo.”¹⁴⁵

Junto a la justicia, fin remoto del Derecho y la adecuación de éste a un fin o finalidad práctica en cada sociedad, surge, en opinión de Radbruch, una tercera exigencia del Derecho, de igual condición que las anteriores, un tercer elemento de la idea del derecho: la *seguridad jurídica*. Sin embargo, las dos primeras se encuentran siempre inmersas en la batalla de las opiniones políticas, por lo que finalmente es más importante la existencia de un orden jurídico, que su justicia y finalidad; “estas últimas son las grandes tareas secundarias del Derecho, la primera, consentida igualmente por todos, es la seguridad, es decir, el Orden, la paz.”¹⁴⁶

Coincidente con la opinión de Radbruch, Recasens Siches justifica la creación del Derecho en el fin de la seguridad. Según Recasens, la creación del Derecho en la vida humana, “no deriva de las altas regiones de los supremos valores éticos, entre los cuales registramos la justicia, sino de un tipo de valor de rango inferior, pero cuya urgencia experimenta, de modo inevitable, el hombre, a saber, la seguridad.”¹⁴⁷ Sostiene Recasens que el Derecho surge como una instancia que va a determinar aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás: “certeza, saber a qué atenerse; pero no sólo

¹⁴⁵HERRFAHRDT, Heinrich. *Revolución y Ciencia del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1932. 1º edición. Pág. 37.

¹⁴⁶RADBRUCH, G. *Óp. Cit.* Pág. 96.

¹⁴⁷DEL VECCHIO, Giorgio. RECASENS SICHES, Luis. *Filosofía del Derecho*. Tomo I. Uteha. México. 1946. 3º Edición. Pág. 235.

certeza teórica, no sólo certeza de lo que normativamente deberá ocurrir, sino certeza práctica, certeza efectiva, certeza de que eso habrá de ocurrir con toda seguridad, inexorablemente.”¹⁴⁸

En opinión de Mezquita del Cacho, la teoría de Radbruch, desencadenaría que toda la doctrina jusnaturalista coincidiera en juzgar a la seguridad jurídica como la noción soporte de un positivismo radicalizado, “favorecedor de la amoralidad (y aún de la inmoralidad jurídica) y obstáculo esencial frente a los idealismos proyectados a la búsqueda profunda de la justicia” .¹⁴⁹

El eterno conflicto entre la ley natural y la ley civil, ya planteado por Sófocles¹⁵⁰ cuando *Antígona* opone al inicuo decreto de Creonte "las leyes no escritas de los dioses", se vera avivado, durante todo el siglo XX y lo que llevamos del actual, por la pugna entre los conceptos de justicia y seguridad jurídica, que estarán en el centro del moderno debate entre jusnaturalistas y positivistas: para los primeros, la justicia (ley natural) debe prevalecer sobre la seguridad pues lo contrario conduce al absolutismo y a los estados totalitarios. Para los segundos, la seguridad (ley civil) debe prevalecer sobre la justicia, pues ante la imposibilidad de que pueda llegarse a un concepto objetivo de justicia y de que cada quien considere lo justo de acuerdo con su criterio, se llegaría al caos en la sociedad.

Para el jusnaturalismo una ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia. <<Una ley no conforme con ésta, *non est lex sed corruptio legis*>>. A este enfoque, dice Bobbio¹⁵¹, se puede replicar que es una exigencia, o si se quiere un ideal, que nadie puede desconocer, que el Derecho corresponda a la justicia, pero no una realidad de hecho. Cuando se quiere saber, que es el Derecho, en una determinada situación histórica, se tiene que reconocer que, en realidad, vale como derecho también el Derecho injusto, y que no existe ningún ordenamiento que sea perfectamente justo. Podría reconocerse –

¹⁴⁸ *Ídem*. Pág. 236.

¹⁴⁹ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 31.

¹⁵⁰ MAGRIS, Claudio. *Óp. Cit.* Pág.37.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Óp. Cit.* Pág. 27.

continúa Bobbio- como Derecho, únicamente el que es justo, a condición de que la justicia fuera una verdad evidente o, por lo menos, demostrable como una verdad matemática y, que por tanto, ningún hombre pueda tener dudas sobre lo que es justo o injusto. Para los positivistas, en cambio, una norma es justa sólo si es válida. De acuerdo con Kelsen, la justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre. “Desde el punto de vista del conocimiento racional, no existen más que intereses humanos y, por tanto, conflictos de intereses. La solución de estos conflictos puede encontrarse satisfaciendo un interés en detrimento del otro o mediante un compromiso entre los intereses en pugna. Es imposible demostrar que sólo una de las dos soluciones es justa. Una u otra pueden ser justas según las circunstancias. Si tomamos la paz social como fin último, y sólo entonces, la solución del compromiso puede ser justa. Pero la justicia de la paz es una justicia únicamente relativa y no absoluta.”¹⁵²

Mezquita del Cacho, por su parte, refiere las orientadoras opiniones de Legaz Lacambra y Capograssi, que centran la perspectiva desde la cual se debe ver el conflicto entre justicia y seguridad jurídica.

Para Legaz Lacambra, “en la realización de la Seguridad a través de la Legalidad hay también ya una realización relativa de la justicia, pues la seguridad es una de las primeras exigencias de la Justicia y ésta sólo puede desarrollarse en un marco de orden jurídico *seguro*. ¿Cómo podría dilucidarse si una regulación es o no justa, cuando tal regulación empezase por no aparecer como cierta? La superior jerarquía ética de la Justicia frente a la Seguridad no empece para que la última sea condicionante de la primera, dado que es la que organiza el campo del Derecho positivo en el que hay que aspirar a verla alguna vez convertida en realidad.”¹⁵³

Para Capograssi, quien contra la afirmación de Carnelutti de que “la Certeza estricta tiene el precio terrible del sacrificio de la Justicia”,

¹⁵² KELSEN, Hans. *Óp. Cit.* Pág. 59.

¹⁵³ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 199.

opuso “¿acaso a menor Certeza hay mayor preservación de la Justicia? ¿Queda ésta, por ventura, mejor garantizada con libertad de juicio y decisiones?; y si un cierto exceso de certeza puede propiciar alguna cierta injusticia, ¿no se predispone ésta con tanto o mayor riesgo a través de un exceso arbitrario, tan proclive al yerro y a la confusión de valores, a la manipulación activa o pasiva de la verdad, y a la *arbitrariedad* en suma? Es cierto que la Justicia tan sólo se puede realizar plenamente en la Verdad real; pero incluso cuando lo producido sea sólo un <<subrogado de la verdad>> (<<*pro veritate habetur*>>) la certeza de la Legalidad estará generando paz, y con ello, abonando el terreno a la Justicia”,¹⁵⁴ a lo que podríamos agregar la elocuente reflexión de Magris: “Ciertamente, a veces, la legalidad puede sancionar lo inhumano, como por ejemplo las leyes raciales votadas por un parlamento regularmente electo. En este caso se puede exclamar, al igual que el doctor Stockmann en el *El enemigo del pueblo* de Ibsen: <<La mayoría tiene la fuerza, pero no la razón>>. Pero en dicho caso es fácil caer en la tentación de imponer con la fuerza otra razón, que a su vez solamente posee la fuerza.”¹⁵⁵ Y concluye con esta otra no menos elocuente reflexión: “Mucha literatura ha mirado con hastío el derecho, considerándolo árido y prosaico respecto a la poesía y a la moral. A menudo, democracia, lógica y derecho son despreciados por los rectores vitalistas como valores <<fríos>> en nombre de los valores <<cálidos>> del sentimiento. Pero esos valores fríos son necesarios para establecer las reglas y las garantías de tutela del ciudadano, sin las cuales los individuos no serían libres y no podrían vivir su <<cálida vida>>, como la llamaba Umberto Saba. Son los valores fríos –el ejercicio del voto, las garantías jurídicas formales, la observación de las leyes y de las reglas, los principios lógicos- los que les permitirán a los hombres de carne y hueso cultivar personalmente sus propios valores y sentimientos cálidos, los afectos, el amor, la amistad, las pasiones y las predilecciones de todo tipo.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ *Ídem*. Pág. 201.

¹⁵⁵ MAGRIS, Claudio. *Óp. Cit.* Pág.81.

¹⁵⁶ *Ídem*. Pág. 82.

Sin duda, como afirma Mezquita del Cacho, sería preferible que la Ciencia del Derecho pudiera manejar universalmente un concepto objetivado de la Justicia, por todos reconocible y por todos asumido, y que fuera dable a los juristas proponerlo, más la experiencia demuestra que ese reconocimiento universal no se ha dado nunca; “y no porque el concepto objetivo de la Justicia, como el del Bien, no exista; sino porque lo que no existe es la capacidad general humana para percibirlo uniformemente.”¹⁵⁷

2.6.Seguridad jurídica y Estado de Derecho. Jellinek. Heller, La seguridad ¿principio o valor?. Dworkin. Manuel Atienza.

Actualmente, en virtud de la consolidación de la doctrina de los Derechos Humanos y del principio de la seguridad jurídica, reconocidos en las constituciones de los Estados de Derecho, la seguridad jurídica es un presupuesto indispensable para el logro de las libertades y derechos fundamentales. La doctrina contemporánea reserva el estudio de la justicia al campo de la Filosofía del Derecho -en el cual se desarrollan los valores éticos y esencialmente el de la justicia, de modo sustancialmente acorde con los enfoques del Derecho Natural-; y el de la seguridad, al campo de la Ciencia o Teoría General del Derecho, “que en términos de riguroso neopositivismo se despliega sobre la noción central de *validez jurídica*.”¹⁵⁸

Sin embargo, el concepto de seguridad jurídica no se encuentra todavía perfectamente esclarecido. De acuerdo con Mezquita del Cacho, “la seguridad es tan pronto calificada de *fin, afán o necesidad* (o sea, aspiración por lograr) como de *efecto, sensación o sentimiento* (es decir, objetivo alcanzado); por unos es tratada como un *valor* y por otros como un *principio*; e incluso su estribadura es vista unas veces en un estado objetivo y exterior al hombre: el *Orden*, y otras en estados subjetivos e interiores (aunque deriven del entorno), entre los que alternativamente se acude ya a la *Certeza* (sensación ligada a una estabilidad del conocimiento), o ya a la *Conciencia de progreso*

¹⁵⁷ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 36.

¹⁵⁸ *Ídem.* Pág. 34.

(sensación de dignidad ciudadana que proviene de otro tipo distinto de estabilidad: la de la tendencia al progreso como soporte del bienestar común y aproximación a la igualdad, aunque esa estabilidad tendencial exija precisamente una renovación continuada en la estructura normativa concreta). El hecho es que esa variedad de perspectivas produce visible perplejidad entre algunos estudiosos del tema de la seguridad jurídica, y que en ocasiones se tiene la impresión de asistir a un patético naufragio en el Océano Semántico.”¹⁵⁹

En realidad, las perspectivas enunciadas por Mezquita del Cacho no se excluyen recíprocamente y, en cambio, en conjunto integran una teoría general de la seguridad jurídica. En efecto, la seguridad es un afán en cuanto que, como hemos visto, es un fin del Estado, que fue puesto de relevancia a partir de Hobbes, pero también, es, sin duda, un efecto de la acción del Estado, que puede apreciarse de manera objetiva y que produce certeza jurídica en la vida social, la cual conlleva un sentimiento de seguridad.¹⁶⁰

Teóricos del Estado moderno, como Jellinek y Heller, han dejado claramente establecida la atribución y responsabilidad del Estado en garantizar el orden y la seguridad jurídica en la sociedad.

Jellinek, en su obra magistral *Teoría General del Estado* realiza un profundo análisis respecto de la justificación y los fines del Estado.¹⁶¹ Estima que si al hombre aislado le es imposible alcanzar por sí mismo los fines particulares de su vida, esta imposibilidad es aún mayor cuando se trata de los fines totales de la misma. “Estos sólo pueden buscarse y alcanzarse bajo el supuesto de la existencia de un orden jurídico que señala a cada cual los límites de sus acciones y encamina

¹⁵⁹ *Ídem*. Pág. 48.

¹⁶⁰ *Ídem*. Pág. 50.

¹⁶¹ JELLINEK, George. *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México. 2º reimpresión 2004. Pág. 197. Considera que las instituciones necesitan para subsistir poder ser justificadas racionalmente ante la conciencia de cada generación. Tratándose del Estado sostiene que toda generación, por una necesidad psicológica, se formula éstas preguntas: “¿Por qué existe el Estado con un poder coactivo? ¿Por qué debe el individuo posponer su voluntad a la de otro? ¿Por qué y en qué medida ha de sacrificarse él por la comunidad?” Sostiene que la respuesta a estas cuestiones ha de enseñar al individuo por qué ha de reconocer al Estado, es decir, le habrá de responder a la cuestión de cuál es la justificación del Estado.

la voluntad particular hacia los intereses comunes en direcciones determinadas de antemano.”¹⁶²

Para Jellinek, “sólo el orden jurídico, por muchos que sean sus defectos en los casos concretos y eleve a unos, y a otros abata con exceso, ayude a los poderosos y desampare a los débiles, con todo ello, es la única posibilidad de una vida social garantida. La ausencia completa de él haría que fuesen totalmente distintas las relaciones naturales entre fuerzas, pero más injustas de lo que es capaz por cualquier orden jurídico,”¹⁶³ y concluye que la cuestión, del fundamento del Estado coincide esencialmente con la del fundamento del derecho.

La íntima e indestructible vinculación entre Estado y Derecho, la deja claramente establecida Hermann Heller en su obra *Teoría del Estado* en la que precisa, que entre ambos, se da una relación dialéctica, de manera que el Estado da positividad al Derecho y éste da legitimidad al Estado y, que por tanto, uno es impensable sin el otro. Al respecto escribe: “Son, sobretodo, incomprensibles la validez y la positividad del derecho sin una correlación entre el Estado y el Derecho. Hay que concebir al Derecho como la condición necesaria del Estado actual y, asimismo, al Estado como la necesaria condición del Derecho del presente. Sin el carácter de creador de poder que el Derecho entraña no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal; pero sin el carácter de creador de Derecho que tiene el poder del Estado no existe positividad jurídica ni Estado. La relación entre el Estado y el Derecho no consiste ni en una unidad indiferenciada ni en una irreductible oposición. Por el contrario, esta relación debe ser estimada como una relación dialéctica, es decir *como relación necesaria de las esferas separadas y admisión de cada polo en su opuesto.*”¹⁶⁴

En su obra Heller sostiene que si bien el Estado se justifica en cuanto representa la organización necesaria para asegurar el Derecho, éste a su vez debe estar sustentado sobre principios morales que constituyan

¹⁶² *Ídem.* Pág. 227.

¹⁶³ *Ídem.* Pág. 230.

¹⁶⁴ HELLER, Herman *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. XII reimpresión. México, 1998. Pág.208.

la base de las normas jurídicas positivas.¹⁶⁵ Sin embargo, distingue los principios del Derecho, de los preceptos jurídicos, que son los que garantizan la seguridad jurídica o certeza jurídica, “que consiste, de una parte, en la certidumbre de su sentido, en la determinación del contenido de la norma y, de otra parte, en la certeza de su ejecución.”¹⁶⁶ Agrega: “tanto la certidumbre de sentido como la certidumbre de ejecución requieren la existencia de un poder autoritario que declare y ejecute lo que en cada situación concreta debe ser derecho.”¹⁶⁷ La institución del Estado, dice Heller, “aparece, de esta suerte, justificada por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica, y sólo por ello.”¹⁶⁸

Su concepto de seguridad jurídica –aclara- es mucho más amplio que el usual. “No es tanto la sola exigencia de una certidumbre de ejecución, asegurada por la coacción organizada estatalmente, sino además, y antes de ella, tanto histórica como conceptualmente, la certidumbre de sentido del derecho es lo que reclama la organización del Estado por vías de derecho.”¹⁶⁹

Reconocida la exigencia de que el Estado garantice a través del Orden Jurídico la seguridad jurídica de la sociedad, se requiere precisar finalmente, desde una perspectiva filosófica-jurídica, si la seguridad jurídica es un valor o un principio del orden jurídico.

Opina Mezquita del Cacho que es Atienza, quien con mayor acierto expresa la noción cualitativa de la seguridad como <<valor>>. Para Atienza, los valores “son *cualidades* que se predicán (que alguien, o un grupo, predica) de ciertas cosas, personas o acciones. Además, suele afirmarse (Frondizi) que los valores presentan las características de *polaridad* (aparecen desdoblados bajo la forma de un valor positivo y su correspondiente valor negativo: bondad-maldad, verdad-falsedad, belleza-fealdad, justicia-injusticia...) y de *jerarquía* (los valores se dan

¹⁶⁵ *Ídem*. Pág. 240.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ídem*. Pág. 241.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ídem*. Pág. 242.

en un orden jerárquico o tabla de valores, lo cual debería permitir, dentro de cada sistema de valores, evitar o resolver todo posible conflicto).”¹⁷⁰

La seguridad, dice Atienza, es un valor inherente a la justicia. En su *Introducción al Derecho* manifiesta que la justicia, que ha tenido históricamente un valor omnicomprendivo, concierne no sólo a la esfera del derecho, en una acepción más estricta, y que hoy es más común, “aparece como un característico valor social y, más en particular, como un valor específicamente jurídico: la justicia se entiende como el criterio – o el conjunto de criterios- que cabe utilizar para valorar un sistema jurídico. En consecuencia la justicia vendría a ser una parte o una especificación de los valores morales: aquellos que hacen referencia a relaciones, normas o actos jurídicos (o que debieran ser jurídicos). Desde luego, en la tarea de evaluar el Derecho no hacemos intervenir únicamente la idea de justicia, sino también otras ideas – otros valores- como la libertad, la igualdad o la seguridad. Aquí vamos a partir de que la justicia sea el valor totalizador de los otros valores jurídicos; si se quiere, una forma económica de referirse a todas estas nociones que serían, a su vez, los principales componentes de la idea compleja de justicia.”¹⁷¹

Partiendo, pues, de la idea de que seguridad y justicia no son valores contrapuestos, sino que más bien el primero es un componente necesario del segundo,¹⁷² Atienza define la seguridad jurídica como “la capacidad que nos proporciona el derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta.”¹⁷³ Esta capacidad de previsión, continúa Atienza “no es sólo limitada, sino también variable –es decir, todos los sistemas jurídicos no ofrecen la misma seguridad jurídica -, lo cual nos va a permitir distinguir tres niveles de seguridad: orden, certeza y seguridad en sentido estricto.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ ATIENZA, Manuel. *Óp. Cit.* Pág. 83.

¹⁷¹ *Ídem.* Pág.84.

¹⁷² *Ídem.* Pág.105.

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ *Ibidem.*

En cuanto al primer nivel -orden-, el Derecho regula u ordena la conducta humana para lograr un mínimo de previsibilidad. En este sentido, el Derecho es “un sistema de control social, que mediante normas e instituciones [...], integra y regula el comportamiento del hombre en la sociedad.”¹⁷⁵

En el segundo nivel el sistema de control social que realiza el Derecho se caracteriza porque alcanza “un especial grado de previsibilidad que llamaremos *certeza jurídica*.”¹⁷⁶ Esta certeza, dice Atienza, es variable: menor en los sistemas poco evolucionados y mayor en los sistemas jurídicos desarrollados.

La idea de certeza jurídica, -continúa exponiendo Atienza-, está también vinculada con la de *sistematización* del Derecho que inspiró los movimientos de codificación de los siglos XVIII y XIX. “Para que un conjunto de normas constituya un sistema en sentido estricto es preciso, fundamentalmente, que sea *completo* (que carezca de lagunas que regule todos los casos posibles) y *consistente* (que carezca de contradicciones). Desde luego, se trata de un ideal, de una exigencia, y no de una cuestión de hecho [...]. Pero, en todo caso, hay una serie de principios jurídicos que tratan precisamente de lograr la sistematicidad del Derecho: llenando lagunas (principio de inexcusabilidad de decidir por parte de los jueces) o resolviendo las contradicciones (principios de jerarquía, de temporalidad y de especificidad).”¹⁷⁷

Por último, en el tercer nivel por *seguridad jurídica en sentido estricto* – concluye Atienza- debe entenderse “la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros los valores de libertad e igualdad.”¹⁷⁸ La seguridad, por tanto, se concibe esencialmente como un *valor adjetivo* respecto de los otros dos que componen la idea de justicia.¹⁷⁹ Lo anterior lo expresa Atienza con la siguiente fórmula “si A, B y C son conductas o normas valiosas, poder

¹⁷⁵ *Ibidem.*

¹⁷⁶ *Ibidem.*

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ *Ibidem.*

¹⁷⁹ *Ibidem.*

prever, tener la seguridad de que A, B y C se realizarán, también es un valor.”¹⁸⁰

A propósito de la distinción entre principios y reglas, y partiendo de los trabajos de Dworkin, Humberto Ávila señala las características de los principios y entre otras indica, que los principios tienen siempre como fin realizar un valor. Las reglas, dice, “pueden disociarse de los principios *en cuanto a la forma de prescribir el comportamiento*. Mientras que *las reglas son normas inmediatamente descriptivas*, en la medida en que establecen obligaciones, permisos y prohibiciones mediante la descripción de la conducta a ser adoptada, *los principios son normas inmediatamente finalistas*, ya que establecen un estado de cosas para cuya realización es necesario adoptar determinados comportamientos. Los principios son normas cuya primera cualidad es, justamente, la determinación de la realización de un fin jurídicamente relevante, al tiempo que una característica principal de las reglas es la previsión del comportamiento.”¹⁸¹

Sin embargo, aclara, que “inmediatamente se ve que los principios, aunque se relacionen con valores, no se confunden con ellos. Los principios se relacionan a los valores en la medida en que el establecimiento de fines implica la calificación positiva de un estado de cosas que se quiere promover. No obstante, los principios se alejan de los valores porque, mientras los principios se sitúan en el plano deontológico y, en consecuencia, establecen la obligatoriedad de adoptar conductas necesarias para la promoción gradual de un estado de cosas, los valores se sitúan en el plano axiológico o meramente teleológico y, por ello, sólo atribuyen una cualidad positiva a un determinado elemento.”¹⁸²

Por tanto podemos concluir que la seguridad jurídica es, sin género de duda, un valor y que realizarlo es un principio del orden jurídico.

¹⁸⁰ *Ídem*. Pág. 108.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoría de los principios*. Filosofía y Derecho. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2011. Pág. 64.

¹⁸² *Ídem*. Pág. 72.

3. Mezquita del Cacho y el Sistema de Derecho Cautelar. Kelsen, Santi Romano, Hart y Bobbio.

Con base en el postulado de que la seguridad jurídica constituye un objetivo básico para cualquier ordenamiento con pretensión de eficacia y estabilidad, y que ello exige la organización de un Sistema General para procurarla, Mezquita del Cacho formula su propuesta de *Sistema de Derecho Cautelar*, considerando que existen, en el ordenamiento jurídico general, un conjunto de normas e instituciones que proveen una función de carácter cautelar –*cavere*– y que, si bien, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, no se reconocen todavía, formalmente, como un sistema, “por más que las bases para hacer posible el reconocimiento y la organización son ya perfectamente suficientes”,¹⁸³ en un plano material social, la existencia del sistema es patente.¹⁸⁴

La disposición doctrinal para alcanzar este reconocimiento es ya, dice Mezquita del Cacho, francamente favorable. “A decir verdad, las ideas sobre la prevención como tipo específico de acción jurídica para la tutela de los derechos, y de la homogeneidad de este enfoque preventivo en la acción institucional llevada a cabo por las estructuras notarial y registral, y hasta por la judicial cuando desempeña la función tradicional y equívocamente conocida como <<jurisdicción voluntaria>>, vienen ya de lejos, aunque no hayan fraguado nunca en una propuesta sistemática completa ni se hayan formulado sobre bases suficientes de teoría general o de filosofía política del Derecho.”¹⁸⁵

Considera Mezquita del Cacho que la sistemática disciplinar tradicional del Derecho incurrió en un olvido del *cavere*, una de las actividades del jurista que los romanos reconocían como elaboradoras del Derecho

¹⁸³ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Pág. 4.

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ *Ídem.* Pág. 61. Refiriéndose a los autores que en la doctrina española han manejado las nociones de <<prevención>>, o de <<regulación o tutela reguladora>>, Mezquita del Cacho señala a “MONASTERIO, que veía en la función un objetivo regulador para la vida normal de las relaciones jurídico-privadas, o VÁZQUEZ CAMPO, que resaltó cómo frente a la intervención judicial, que es <<reintegradora>>, la notarial es en cambio <<preventiva>> [...] y OTERO VALENTÍN, asimismo adscrito a la noción de función reguladora específica [...] (y) autores modernos SANAHUJA, GIMÉNEZ ARNAU, DE CASTRO, VALLET DE GOYTISOLO y GONZÁLEZ PALOMINO.

privado a lado del *respondere* y el *postulare*. La actividad del *respondere*, heredada por la dogmática moderna, contribuía decisivamente a desenvolver el Derecho material o sustantivo (civil y mercantil) y la del *postulare* impulsaba convergentemente el Derecho procesal científico.¹⁸⁶ La del *cavere* consistía en la prevención del conflicto jurídico en las relaciones privadas como estadio intermedio, “tan diferente del análisis sustantivo de dichas relaciones en su estado de <<paz teórica>> como del que impone el Estado de contienda abierta, encausada a través del proceso.”¹⁸⁷ Estableciendo una analogía con la medicina, en la ponencia presentada por la representación española en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana (en lo sucesivo ponencia española) el *respondere* sería como la rama de los estudios de medicina que profundiza en el cuerpo humano, es decir, sería la anatomía del Derecho; el *postulare* sería como la rama de la medicina que profundiza en las diferentes enfermedades, su patología y curación y que aplicada al Derecho sería la patología jurídica, es decir, el pleito y el *cavere* sería como la rama de la medicina que trata de la prevención de las enfermedades, la medicina preventiva o epidemiología.¹⁸⁸

Mezquita del Cacho construye su planteamiento de *Sistema de Derecho Cautelar* basándose, principalmente, en las ideas de Santi Romano, H.L.A. Hart y Bobbio, que además representan un rechazo a las teorías normativistas, especialmente la de Kelsen.

La aportación de Kelsen a la Teoría General del Derecho, como veremos en seguida, es su concepción del orden jurídico como un sistema de normas cuya validez deriva una de otra, partiendo de una norma fundamental hipotética. En su *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen expone su idea de sistema jurídico en los siguientes términos: “Si se concibe al Derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge el interrogante: ¿Qué

¹⁸⁶ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 8

¹⁸⁷ *Ídem.* Pág. 7.

¹⁸⁸ Ponencias presentadas por el Notariado Español. XIV Jornada Notarial Iberoamericana. Punta Cana, República Dominicana 2 al 6 de junio de 2006. Notarios: Juan Ignacio Castro-Girona Martínez.

funda la unidad de una multiplicidad de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado? Y esta pregunta está en estrecha relación con ésta: ¿por qué vale una norma? ¿Cuál es su fundamento de validez?”¹⁸⁹ Y responde: “la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez puede remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo.”¹⁹⁰

En opinión de Ferrer Beltrán y Rodríguez, Kelsen “fue uno de los primeros autores que destacó la importancia de considerar al derecho como un *sistema*, esto es, que para el estudio del derecho no basta simplemente con tomar en cuenta sus elementos componentes, las normas, sino que también es necesario considerar las relaciones que las vinculan. Esta importante contribución de su parte no deja de ser paradójica, puesto que el programa del autor de la *Teoría Pura del Derecho* estuvo centrado siempre en delimitar el campo de lo jurídico en el nivel de las normas, esto es, por alguna característica común a todas las normas jurídicas. Su presentación de la noción de sistema jurídico no se aparta, por ello, del esquema reduccionista que plantea en su obra, ya que conceptualiza a un sistema jurídico como un *conjunto de normas jurídicas*, aunque remarca la importancia de distinguir las relaciones que se dan entre las normas del sistema para comprender su funcionamiento. En otras palabras, lo que tiene de

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 2003. Pág. 201.

¹⁹⁰ *Ídem*. Pág.203.

<<jurídico>> un sistema jurídico es un rasgo que poseen sus normas: el imputar como debida una sanción coactiva a cierto acto es lo que permite calificar como <<jurídica>> a una norma. Un sistema jurídico sería, sencillamente, un conjunto de normas que poseen tal característica común.”¹⁹¹

En contra de las teorías normativistas, la doctrina de Santi Romano tiene como eje principal la noción de “organización” o “institución”¹⁹², que puede considerarse complemento de las sustentadas por Hauriou, Renard y Gurvitch.¹⁹³

En opinión de Grossi, el mérito de Santi Romano radica en no concentrarse en el Estado y su aparato de poder, sino en haber dirigido la mirada hacia la sociedad. “Como es sobradamente conocido –dice Grossi- la verdad elemental, aquella sobre la que se construye todo el libro romaniano, consiste en que el Derecho, incluso cuando, desde una primera aproximación, se muestra ante nosotros bajo su aspecto de <<norma>>, antes de ser tal <<norma>>, es organización, o lo que es lo mismo, ordenación social.”¹⁹⁴ Esta posición trajo como consecuencia la idea de que el Derecho no es, genéticamente hablando, la imposición

¹⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis. *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2011. Pág. 11.

¹⁹² BOBBIO, Norberto. *Óp. Cit.* Pág. 10. La doctrina de la institución representa una reacción contra el estatismo y es uno de los tantos medios con los cuales los teóricos del derecho y de la política han tratado de oponerse a la expansión del estatismo. La doctrina nace, ya en las revaluaciones de las teorías jurídicas de la tradición cristiana, como en el caso de Georges Renard (ver la *Théorie de l'institution*, 1930), ya de la influencia de las corrientes socialistas libertarias (Proudhon), o anárquicas, o sindicalistas como en el caso de Georges Gurvitch (ver *L'idée du droit social y la Dichiarazione dei diritti sociali*, 1949) y se convierte en teoría del derecho, en Francia, con Maurice Hauriou, y en Italia, con Santi Romano. Fue acogida universalizada en Italia por Guido Fasso, quien, considerando como institución también la relación jurídica entre dos personas, hace de ella la categoría primaria de la experiencia jurídica (ver la *Storia come esperienza giuridica*, 1953). Encontró fecunda aplicación en el estudio de ordenamientos particulares o de situaciones concretas en un filósofo del derecho, Cesarini-Sforza, quien estudia el derecho de los particulares, es decir, el ámbito de la llamada “autonomía privada”, como un ordenamiento jurídico diferente del ordenamiento estatal (“Il diritto dei privati”, en *Rivista Italiana di Sociologia Giuridica*, 1929, págs.. 43-125); en historiadores del Derecho, como Giuseppe Grosso, que se vale del concepto de institución y de la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos para una comprensión más adecuada del derecho romano; y más recientemente, en un civilista, Salvatore Romano, quien, continuando el estudio de Cesarini- Sforza reestudia completamente el problema del derecho privado a la luz de la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos (“Ordinamenti giuridici privati”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*”, 1955, págs.. 249-331).

¹⁹³ *Ídem.* Pág. 8.

¹⁹⁴ GROSSI, Paolo. *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2011. Pág. 28.

de una normatividad desde arriba, desde los órganos del Estado, sino “la auto-ordenación efectuada por la propia sociedad.”¹⁹⁵

Por su parte Bobbio, indica que Santi Romano, desde las primeras páginas de su libro *El Ordenamiento Jurídico*, se lamenta de las deficiencias y de los errores de la teoría normativa del Derecho y contrapone a ella la concepción del Derecho como institución.¹⁹⁶ Santi Romano sostiene la idea de que “el derecho no es sólo norma” y que la

¹⁹⁵ *Ibidem*. Agrega Grossi, que la modernidad jurídica (a partir de la Revolución Francesa) tuvo como rasgo esencial y peculiar que “todo el Derecho se encuentra encerrado en un conjunto de normas, porque todo el Derecho debe ser previsto y controlado desde las alturas- esto es, por el poder político- y debe desarrollarse a través de mandatos. Y las normas, por su parte, deben poseer una precisa concatenación textual porque deben ser obedecidas. No solo pueden sino que deben, ser recogidas en textos sistemáticos, orgánicos y completos - los códigos-.” Pág. 17.

¹⁹⁶ *Ídem*. Pág. 7. Bobbio lleva a cabo una recensión de los elementos esenciales de la tesis de Santi Romano en los siguientes términos: “a) Ante todo debe comprender el concepto de sociedad. Esto en dos sentidos recíprocos que se completan mutuamente: lo que no sale de la esfera puramente individual., lo que no supera la vida del particular como tal, no es derecho (*ubi ius ibi societas*) y, además, no hay sociedad en el sentido exacto de la palabra sin que en ella se manifieste el Fenómeno Jurídico (*ubi societas ibi ius*)... b) El concepto de derecho debe, en segundo lugar contener la idea de orden social: lo que sirve para excluir todo elemento que implique el arbitrio puro y simple o la fuerza material, es decir, no ordenada ... Toda manifestación social, por el solo hecho de serlo, está ordenada por lo menos con relación a los asociados

...
c) El orden social que establece el derecho no es el dado por la existencia, originada en cualquier forma, de normas que regulan las relaciones sociales. Antes bien, dicho orden no excluye tales normas, sino que las utiliza y las comprende en su órbita, pero al mismo tiempo las aventaja y supera. Esto quiere decir que, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales, es organización, es estructura, es situación de la misma sociedad en la que se manifiesta y a la que constituye como unidad, como ente autónomo.

De lo anterior se infiere que para ROMANO los elementos constitutivos del concepto de derecho son tres: la *sociedad*, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el *orden*, como fin al cual tiende el derecho y la *organización*, como medio para realizar el orden. Se puede decir, en síntesis, que según ROMANO existe derecho cuando hay una *organización de una sociedad ordenada*, o también, con palabras análogas, una *sociedad ordenada por medio de una organización o de un orden social organizado*. Esta sociedad organizada y ordenada es lo que ROMANO llama *institución*. De los tres elementos constitutivos, el más importante y decisivo es ciertamente el tercero, la organización: los dos primeros son necesarios, pero no suficientes. Solo el tercero es la razón suficiente del derecho, la razón por la cual el derecho es lo que es y sin la cual no sería lo que es. Esto significa que el derecho nace en el momento en que un grupo social pase de una fase inorgánica a una fase orgánica, de la fase de grupo inorgánico o inorganizado a la fase de grupo organizado. Por ejemplo, una clase social es en verdad una forma de grupo humano, pero al carecer de organización propia no produce un derecho propio, no es una institución. Una asociación para delinquir, en cambio, en cuanto se manifiesta en una organización y crea su propio derecho (el derecho de la sociedad para delinquir), es una institución. El fenómeno del paso de la fase inorgánica a la fase orgánica se llama también *institucionalización*. Se dice que un grupo social se institucionaliza cuando crea su propia organización, y por medio de ella llega a ser, según ROMANO, un ordenamiento jurídico. Con esto se revela, además, una incongruencia, aunque marginal, en la doctrina de ROMANO: si es cierto que la organización es elemento constitutivo primario de la sociedad jurídica, y si también es cierto que haya sociedades no organizadas, se puede aceptar la máxima *ubi ius ibi societas*, pero no se puede aceptar la máxima inversa, que ROMANO también acoge, *ubi societas ibi ius*. En otras palabras: se puede admitir que el derecho presupone la sociedad, o que es el producto de la vida social; pero no se puede admitir que toda sociedad sea jurídica.”

determinación del significado y del sentido de las normas está en función directa de la totalidad del ordenamiento del que, en última instancia, aquellas, no son sino una de sus manifestaciones. Afirma Mezquita del Cacho que Santi Romano “partiendo de la <<no inteligibilidad del derecho, si se le reduce sólo a conjunto de normas de conducta>>, (desde el momento en que ello supone <<dejar fuera todo el complejo de mecanismos y engranajes entre autoridad y fuerza que, sin identificarse con las normas en sí, las producen, modifican, amplían y garantizan>>) propuso [...] recurrir al concepto de <<organización>> o <<institución>> como indispensable para percibir y comprender de manera global el Ordenamiento jurídico.”¹⁹⁷ De esta forma el ordenamiento jurídico vendría a ser “como un tejido, con una urdimbre de normas y una trama de instituciones; sin perjuicio de lo cual todo el ordenamiento es a su vez una institución en sí mismo y cada institución se organiza en virtud de normas, a las que incorpora.”¹⁹⁸

Considera Bobbio que la tesis de Romano, en el sentido de que el derecho “antes que ser norma” es “organización”, resulta discutible, pues una organización implica distribución de funciones, las cuales no se pueden cumplir sino por medio de normas de conducta, y entonces “no es cierto que la organización se de antes que las normas, sino que más bien es cierto lo contrario, es decir, que las normas son anteriores a la organización.”¹⁹⁹ En realidad, siguiendo a Bobbio, el proceso de institucionalización y el proceso de producción de reglas de conducta no pueden ir separados, y donde quiera que hallemos un grupo organizado, habrá también un sistema de normas de conducta que dan vida a la organización; “si institución equivale a ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico equivale a sistema de normas.”²⁰⁰ Pero entonces “la teoría de la institución no excluye, sino que por el contrario *incluye* la teoría normativa del Derecho.”²⁰¹

¹⁹⁷ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Pág. 7.

¹⁹⁸ *Ibidem.*

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Óp. Cit.* Pág.12.

²⁰⁰ *Ídem* .Pág. 13.

²⁰¹ *Ibidem.*

Lo anterior, sostiene Bobbio, no significa que debemos rechazar completamente la teoría de la institución. La teoría de la institución, escribe, “ha tenido el gran mérito, aún prescindiendo de su significado ideológico, que no queremos discutir, de poner de relieve el hecho de que sólo se puede hablar de Derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que, por tanto, el derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas. En suma, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo.”²⁰²

Un elemento más, en la configuración del sistema de derecho cautelar que propone Mezquita del Cacho lo constituye, como decíamos, la teoría de H.L.A. Hart. Siguiendo la exposición de Atienza, el punto de partida para construir el modelo de ciencia jurídica hartiano es la noción de *norma*. “Para Hart, en un sistema jurídico desarrollado cabe distinguir dos tipos fundamentales de normas: primarias y secundarias (la coincidencia terminológica con la clasificación de Kelsen no es conceptual). Las *normas primarias* o básicas son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no. Las *normas secundarias* son normas de segundo grado, es decir, normas que se refieren a las primarias, y que pueden clasificarse en: *normas de reconocimiento* (como el artículo 1 del Código civil español²⁰³), las cuales establecen qué normas pertenecen al sistema, es decir, forman parte del Derecho; *normas de cambio*, que indican cómo se pueden modificar y crear nuevas normas y quién puede hacerlo (por ejemplo, el artículo 167²⁰⁴ de la Constitución); y *normas de adjudicación o de*

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Código Civil Español. Artículo 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

²⁰⁴ Art. 167: 1.- Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2.- De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

3.- Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

aplicación, que establecen los órganos que deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria (por ejemplo, el artículo 117²⁰⁵ de la Constitución). Las reglas del primer tipo, según Hart, imponen deberes; las del segundo tipo, confieren potestades, públicas o privadas.²⁰⁶

Las normas secundarias, dice Hart, se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias, porque son *acerca* de estas; “en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, éstas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias; ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas de forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.”²⁰⁷ Considera que las reglas primarias producen *falta de certeza* en cuanto a su pertenencia al sistema y por ello introduce lo que llama “regla de reconocimiento” (rule of recognition) la que especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo.²⁰⁸ La regla de reconocimiento es por tanto, una regla secundaria que permite la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.²⁰⁹

La idea de Hart sobre el Derecho es, dice Atienza, esencialmente, un punto de vista estructural, pero su tipología de las normas jurídicas (que

²⁰⁵ Art. 117: 1.-La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

2.-Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

3.- El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

4.- Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

5.- El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

6.-Se prohíben los Tribunales de excepción.

²⁰⁶ ATIENZA, Manuel. *Óp. Cit.* Pág. 33.

²⁰⁷ HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. 2º Edición. Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 1961. Pág. 117.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ídem*. Pág. 118.

constituye el núcleo de su concepto de Derecho) sólo se entiende, en realidad, cuando se contempla *funcionalmente*: “las normas primarias y las secundarias (y los distintos tipos de normas secundarias) no se distinguen tanto por su estructura como por su función: la de las normas primarias es la de guiar, en general, la conducta; la de las normas secundarias es una función de certeza (regla de reconocimiento, de cambio (normas de cambio) y de resolución de conflictos (normas de adjudicación o de juicio).”²¹⁰

Basándose en esta clasificación de las normas, Mezquita del Cacho sostiene que el derecho cautelar está integrado por normas secundarias o de segundo grado y, particularmente, dentro de la triple clasificación de Hart, por normas de “adjudicación (o atribución de competencias).”²¹¹ De esta forma, el sistema cautelar es un “sistema aplicativo” que se compone, fundamentalmente, más que de normas sobre el propio sistema, “de otras acerca de cómo debe aplicarse el derecho material”²¹², es decir, de normas secundarias o de segundo grado. El derecho cautelar es, por tanto, dice Mezquita del Cacho, “cien por ciento institucional.”²¹³

Continuando con la evolución de estas ideas, Mezquita del Cacho considera que Bobbio, al reflexionar sobre la teoría institucionalista de Santi Romano, la enlaza agudamente con la construcción de Hart respecto a *normas primarias y normas secundarias*²¹⁴, lo que lo lleva a concluir que todo ese complejo de mecanismos y engranajes entre autoridad y fuerza (del que habla Santi Romano), que sin identificarse con las normas en sí (las normas propiamente dichas que prescriben deberes), las producen, modifican, aplican y garantizan, están dispuestos u organizados por normas de *segundo grado*,²¹⁵ “percepción que ilumina la obscura noción de <<organización>> en que Santi

²¹⁰ *Ídem*. Pág. 55.

²¹¹ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Pág. 8.

²¹² *Ídem*. Pág. 7.

²¹³ *Ídem*. Pág. 9.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

Romano sustentaba la de <<institución>>.”²¹⁶ La organización que plasma en instituciones, dice Mezquita del Cacho, “es producto de normas de <<segundo grado>>, categoría de elaboración posterior al descollante administrativista italiano.”²¹⁷

Con los elementos mencionados, Mezquita del Cacho concluye que las líneas generales para el reconocimiento de un Sistema de Derecho Cautelar están dadas, y que consiste en un *Sistema Integral* susceptible de un tratamiento normativo y dogmático, con espacio y estilos propios; que las instituciones que lo componen son inequívocas y realizan funciones encauzadas a fines definidos. Que el sistema está articulado a base de normas secundarias de reconocimiento, de adjudicación, e incluso, en cierto sentido, de cambio, que a diferencia de las normas primarias o de primer grado, no se ordenan a regular directamente conductas de los ciudadanos, sino que se dirigen a los jueces, fiscales, notarios, mediadores mercantiles y registradores, a quienes asignan o adjudican las correspondientes competencias aplicativas. Que la naturaleza de su acción es exclusivamente aplicativa o instrumental, respecto a un sector jurídico concreto de los incluidos en el ordenamiento general. Finalmente, que se trata de un sistema de Derecho Público, aunque su objetivo es la seguridad jurídica privada.²¹⁸

4. El Derecho y la seguridad jurídica.

Independientemente del eventual reconocimiento por la dogmática jurídica del Derecho cautelar como un sistema autónomo de Derecho, es incuestionable que existe un entramado jurídico, perfectamente identificado, formado por un conjunto de normas, formas, instituciones, personas públicas y privadas, que obedece a principios claramente establecidos y que tiene, como función primigenia, garantizar la seguridad preventiva en las relaciones *jusprivatistas*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ NOTA: Las ideas de José L. Mezquita del Cacho, cuya recensión hicimos en esta parte, se encuentran expuestas en las páginas 157 a la 177 del Segundo tomo de su obra Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar, “Sistema Español de Derecho Cautelar”.

En principio, la existencia misma del ordenamiento jurídico ofrece ya una seguridad jurídica de carácter general.²¹⁹ En este sentido podemos decir que cualquier norma jurídica tiene, directa o indirectamente, un efecto de seguridad jurídica. Un pueblo que careciera absolutamente de un ordenamiento jurídico estaría sometido a la ley del más fuerte. Hierro afirma: “a primera vista *la mera existencia de un Derecho produce seguridad* (Díaz 1971, p.42) y esta constatación fáctica implica un cierto estándar valorativo mínimo, aunque sólo sea el de la *seguridad de inseguridad* (*ibídem*, p.44), es decir, la mínima seguridad de conocer los límites o incluso la ausencia de los propios derechos, la extensión de la arbitrariedad, los riesgos de la conducta prohibida, etcétera.”²²⁰

²¹⁹ KELSEN, Hans. *Óp. Cit.* Pág. 50. “Cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos a él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva, en cuanto es garantizada por el orden jurídico como orden social. Esta medida mínima de protección contra el recurso a la fuerza puede ya admitirse cuando el orden jurídico ha logrado el monopolio de la coacción por parte de la comunidad, aunque se trate solamente de un monopolio descentralizado de la coacción, es decir, inclusive, cuando subsiste el principio de la defensa propia.”

²²⁰ HIERRO, LIBORIO. *Estado de Derecho, Problemas actuales*. Biblioteca de Ética, filosofía del Derecho y Política. Fontamara, México, D. F. 2001. Pág. 97.

MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 202. Mezquita cita a Elías Díaz. *La Seguridad jurídica y el Estado de Derecho*, en el núm. Extraord. XVII, de <<Cuadernos para el Diálogo>>, dic. 1969, págs. 7/10, que dijo que: “<<hay un sentido estricto de la seguridad jurídica entendido como la sujeción del gobernado y el respeto del Estado a una legalidad, en contraposición a un puro estado de arbitrariedad >>. [La coherencia en la legalidad produce seguridad; coherencia interna de la cual derivan principios elementales, como el de la jerarquización normativa, la irretroactividad y el <<nullum crimen sine lege>>.] Pero – añade – además hay <<otro sentido más amplio de la seguridad jurídica que se sitúa no en el puro ámbito de la Legalidad, sino en el nivel superior de la Legitimidad>>. En el primer sentido, cualquier legalidad más o menos justa o injusta <<engendra como mínimo seguridad>>, incluso la seguridad de la inseguridad>>. En efecto...cuando un Ordenamiento jurídico es gravemente restrictivo con respecto a la Libertad y/o a la Justicia, puede afirmarse que <<hay seguridad certera de que existe inseguridad; de que se está en peligro; de que hay una legalidad ilegítima>>; y esta seguridad a primer nivel no se corresponde con el concepto más pleno y comprometido de seguridad que se sitúa precisamente en el nivel superior de la legitimidad. <<Quiero esto decir, en términos más claros y elementales, que la seguridad jurídica no es sólo la que fácticamente establece un determinado sistema de legalidad, sino la que independientemente de ello se considera como un valor legítimo, exigible justamente en un Ordenamiento jurídico. Es la exigencia de que la Legalidad realice una legitimidad; unos valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre como conquista histórica irreversible. La seguridad jurídica alude así a un contenido valorativo, expresado en términos de derechos y libertades que la conciencia humana e histórica consideran que han de estar suficientemente protegidos en el tiempo en que se vive. Hay seguridad jurídica en este segundo y más pleno nivel que trasciende el plano de la mera legalidad cuando dichas exigencias éticas –libertades fundamentales y derechos humanos– están adecuadamente incorporados a un sistema normativo jurídico y protegidos con toda la fuerza de que el mismo dispone. Sin ello no hay propiamente seguridad jurídica, aunque exista sistema de Legalidad.>>

MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Pág. 202. “Pero Elías Díaz nos precisa aún más: que la seguridad supuestamente emanada de la legalidad injusta sólo es <<la seguridad de la inseguridad>>; y que

Pero además existe un segmento normativo cuya finalidad propia y específica es proveer seguridad jurídica. La seguridad que resulta de estas normas ofrece diferentes niveles de protección, por lo que, en atención a ellos, se puede hablar de diferentes clases de seguridad.

4.1. Seguridad jurídica estática y Seguridad dinámica o del tráfico.

La dinámica que los mercaderes imprimieron al comercio en las prósperas ciudades italianas del siglo XII hizo sentir la necesidad de una mayor certeza jurídica en el tráfico de mercancías. De esta manera se fueron desarrollando las agrupaciones o escuelas de notarios, que eran expertos, como decía el *Ars Notariae de Rolandino*, en contratos, últimas voluntades y otorgamiento de instrumentos.

En principio, la seguridad y pleno reconocimiento de un derecho subjetivo privado se funda en lo que la técnica jurídica conoce como *título* de la adquisición o constitución del derecho. Sin embargo, un título privado, del que no haya certeza de su regularidad y su constitución no puede tampoco generar certeza en su transmisión o tráfico. De ahí que la seguridad estática del Derecho basada en el título requiere para la seguridad dinámica del tráfico de un título que goce de plena confianza. “Es la cristalización legislativa de la tarea de aquellos escritores de la Alta Edad Media, redactores de contratos y asesores de los contratantes, que merecieron primero la confianza de los mercaderes, luego la fiabilidad procesal – prueba que no necesita ser probada-, y terminaron por ser depositarios de una función del Estado. Aquella pública confianza o fe colectiva se convirtió en lo que la ley hoy llama fe pública.”²²¹

Así pues, surge en el ámbito de la seguridad de los derechos subjetivos privados una primera distinción básica: la seguridad jurídica estática, que es la que preserva los derechos adquiridos, los derechos que

sólo la legitimidad del poder, en su origen, en su ejercicio y en los valores esenciales a que sirve, es seguridad jurídica auténtica.”

²²¹ “Notario de la Legalidad.” GARCÍA SÁNCHEZ, José Aristónico. Revista El Notario del siglo XXI. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. Julio-Agosto 2008. Número de Revista: 20.

derivan de un título, y la seguridad jurídica dinámica o del tráfico, que es la que tiene que ver con la seguridad en las relaciones jurídicas.

Explica Pau, que hace un siglo se publicó en los prestigiosos *Anuarios Ihering (Iherings Jahrbucher*, vol. 47, 1903) el artículo de Ehrenberg “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, con especial referencia al Registro Mercantil,” y que desde entonces, esas dos expresiones, “se han venido repitiendo en todos los manuales y tratados de derecho registral que se han publicado en Europa.”²²²

En su obra, sostiene Ehrenberg, que al hablar de *seguridad jurídica* cabe referirse tanto al Ordenamiento jurídico (Derecho en sentido objetivo) como a las facultades jurídicas (Derecho en sentido subjetivo). Sí se contempla “la seguridad jurídica desde el punto de vista del *Ordenamiento jurídico*, la cuestión que se plantea es si las relaciones sociales que abarca son lo debidamente exhaustivas y claras, y si sus disposiciones excluyen toda mala interpretación, ya que esa es, en definitiva, su finalidad: procurar un Derecho seguro (*ius certum*). En este caso es más preciso hablar de “seguridad del Derecho” que de “seguridad jurídica.”²²³ Agrega que cuando se utiliza la expresión “seguridad jurídica”, se está haciendo referencia a la situación del *sujeto legitimado*, es decir, a la seguridad del disfrute del Derecho.²²⁴

Respecto de la seguridad jurídica en sentido subjetivo, Ehrenberg distingue entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico. La seguridad jurídica supone, ante todo, afirma Ehrenberg, que el titular tiene una situación jurídica garantizada, lo que significa que *la pérdida o menoscabo de su derecho no puedan producirse sin su voluntad*: ese es el sentido estricto y propio de la *seguridad jurídica* y así ha de ser entendido.²²⁵ El que pretenda adquirir un derecho tiene por su parte el mayor interés en que la adquisición prevista se produzca tal como la

²²² EHRENBURG, Victor. *Seguridad Jurídica y seguridad del tráfico*. Introducción y traducción de Antonio Pau. Cuadernos de Derecho Registral. Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid, 2003. Pág. 9.

²²³ *Ídem*. Pág. 23.

²²⁴ *Ídem*. Pág. 24.

²²⁵ *Ídem*. Pág. 32.

había previsto, *y no afectada por circunstancias que a él, el adquirente, le puedan ser desconocidas.*²²⁶ De lo anterior concluye: “*La seguridad jurídica* (en el sentido estricto de la expresión) consiste en que no puede llevarse a cabo una *modificación desfavorable* de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ésta. La *seguridad del tráfico* consiste en que la previsiblemente *favorable modificación* de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona.”²²⁷

El desarrollo del sistema capitalista (de mercado), con la incorporación de la propiedad inmueble al fenómeno de mercado, la organización empresarial de la actividad económica, la aparición de las personas jurídicas en el tráfico y la organización de los mercados de capitales son, entre otros de menor importancia, en opinión de Mezquita del Cacho, los factores históricos que consolidaron el control preventivo de la seguridad del tráfico, en una sociedad dinámica.²²⁸ Resulta paradójico que la seguridad dinámica, fruto de la función notarial, y que se desarrolló por impulso del comercio, en una economía de mercado, se presente hoy, desde los propios organismos internacionales del comercio mundial, como un obstáculo al comercio.

La *seguridad dinámica* –considera Mezquita del Cacho- tiene un mayor sentido social que la *estática*, y de ahí su enfatización en nuestra época, en la que se ve el comercio jurídico-económico como un factor potenciador de la prosperidad común. Sin embargo, -continúa Mezquita del Cacho- el dualismo puede reducirse al mínimo, mediante un sistema en el que la seguridad *dinámica* promueva simultáneamente la *estática*, por vía de generalizar el control de los actos del tráfico, de modo tal, que sustantivamente se propicie la regularización de las situaciones jurídicas establecidas, y sus títulos.²²⁹

²²⁶ *Ídem.* Pág. 34.

²²⁷ *Ídem.* Pág. 36.

²²⁸ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 288 y siguientes.

²²⁹ *Ídem.* Pág. 272.

4.2. Seguridad jurídica reparadora y seguridad jurídica preventiva o cautelar.

La seguridad jurídica exige, desde luego, la existencia de un sistema de carácter jurisdiccional contencioso que permita el restablecimiento de un derecho cuando éste ha sido conculcado o su confirmación cuando se discute su validez o alcance, así como la reparación de los daños y perjuicios que el perjudicado haya sufrido. Este sistema es de carácter restitutorio o reparador y, además, tiene también carácter definitivo, es decir, sus resoluciones tienen categoría de cosa juzgada. Sin embargo, el derecho no puede quedarse únicamente con este sistema de seguridad que sería indudablemente insatisfactorio, incompleto, por lo que recurre a mecanismos encaminados a prevenir el conflicto. El conjunto de estos mecanismos constituyen la seguridad jurídica preventiva o cautelar que permite prever, con alto grado de certeza, que las consecuencias jurídicas deseadas por la realización de un acto jurídico son las que van a producirse, y que, para el caso improbable de que no sea así, el restablecimiento del derecho conculcado y la afirmación de la existencia y alcance del derecho discutido se facilite a partir de un documento público, con valor probatorio pleno y con presunción de legalidad. Para este fin sirve el Derecho notarial, lo que puso de relieve magistralmente Don Joaquín Costa, con su célebre expresión “*a notaría abierta, juzgado cerrado.*”²³⁰

²³⁰ *Ídem.* Pág.448. La transcripción completa de este conocido lema de don Joaquín Costa la hace Mezquita del Cacho en la obra citada, como sigue: <Gracias a la combinación de artificios legales de que el documento público es resultante, la certidumbre del acto o contrato consignado en él es poco menos que absoluta. En el orden de garantías externas, es ésta la que liga con más solidez las voluntades de los otorgantes una vez declaradas; la que menos latitud deja a la malicia, al error y al caso fortuito, aunque sin llegar –pues esto sería imposible- a anularlos totalmente; la única que asegura a los terceros contra todo riesgo de fraude. Si a esto se añade que el fedatario sea al mismo tiempo jurisperito, y reciba de la ley el encargo de ilustrar a las partes acerca de sus derechos, y de traducir la expresión de sus voluntades en un lenguaje claro, preciso y ordenado, previniendo deficiencias y ambigüedades que pudieran servir de causa o pretexto a litigios de mala o de buena fe, y encima de ello, que sea hombre probo y celoso de su deber, que haya tomado su oficio en serio, como si fuera un sacerdocio, y lo desempeña en persona, con la conciencia presente en todos los instantes, sin dejar que la fe pública, de la que es depositario, degeneren en una ficción, y el signo y firma, en una estampilla puesta mecánicamente al pie de documentos redactados sobre fórmulas generales por auxiliares legos e irresponsables, se comprenderá que el documento auténtico sea la prueba antilitigiosa por excelencia. El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras: teóricamente, *Notaria abierta, Juzgado cerrado*>

4.3. Seguridad por el Derecho y Seguridad en el Derecho.

Como dijimos, el auge del comercio a partir del siglo XII fue construyendo un sistema de seguridad en las relaciones privadas que tuvo como eje la actuación del notario, pero tendrían que pasar varios siglos para que pudiese alcanzarse una seguridad jurídica en el Derecho. Sería necesario para esto -dice Castro- Girona Martínez- “salir del feudalismo y conseguir evitar, entre otros males, el maremágnun normativo existente.”²³¹

El caos normativo imperante hasta el siglo XVIII, vendría a resolverse por el fenómeno codificador. Los códigos, siguiendo a Llamas Pombo, a diferencia de las compilaciones o recopilaciones que les precedieron y que no eran sino simples colecciones de leyes, tienen un carácter orgánico. Obedecen a un sistema sujeto a determinadas reglas formales. Asimismo, los códigos, a diferencia de las recopilaciones que abarcan la totalidad del derecho, son de carácter especial, en cuanto contienen la regulación de una sola rama del Derecho, de una materia unitariamente acotada.²³² La codificación, -continúa Llamas Pombo- implica también una técnica de simplificación normativa. “Por una parte, se simplifican los sujetos de Derecho, pues frente a la “diversidad de estados” se proclama la igualdad formal de dichos sujetos. Por otra, se simplifica la tipología de derechos posibles, mediante la consagración del principio de plenitud del dominio, y de unos derechos limitadores desmembrados de éste. Adicionalmente, esa simplificación supone limitar cuantitativamente el número de normas y preceptos contenidos en el código, y redactar esas normas en forma breve y precisa, de tal forma que desaparecen los contenidos difusos, y la técnica (bien patente en las Partidas, por ejemplo) de hacer explícitos los presupuestos y motivaciones de la norma.”²³³

El largo y complicado proceso que siguió la profunda transformación social, que supuso el tránsito del antiguo régimen al liberalismo y que

²³¹ CASTRO-GIRONA MARTINEZ, Juan Ignacio. *Ponencias Presentadas por el Notariado Español*. Consejo General del Notariado. XIV Jornada Notarial Iberoamericana. Pág. 7.

²³² LLAMAS POMBO, Eugenio. *Óp. Cit.* Pág. 56.

²³³ *Ídem.* Pág. 57.

recibe el nombre de revolución burguesa, que además tiene su claro trasunto jurídico en la codificación, lo expone Pasquau Liaño -citado por Llamas Pombo- en los siguientes términos: “En el seno de la sociedad feudal se va gestando un soterrado pero creciente desarrollo económico a través del comercio, en manos de la burguesía. Frente al cómodo afianzamiento de nobleza y clero en la propiedad de la tierra y en la “renta”, la burguesía busca el intercambio y la actividad, y va configurando los *usos* comerciales como exponente de un orden jurídico distinto, y como respuesta a la permanencia del viejo orden, que frenaba su expansión. El particularismo jurídico creaba una notable inseguridad jurídica para el comercio, y postulaba la necesidad de un ordenamiento sistemático y unificado que ofreciera unos mínimos de seguridad jurídica y un marco homogéneo que posibilitase los cálculos de los operadores económicos. La discriminación de regímenes personales, además de intensificar aquella diversificación e impedir la previsibilidad de la regla aplicable, suponía un factor de desigualdad perjudicial para la burguesía que, como tal, no constituía una clase favorecida; lo que determinará la lucha por la “igualdad ante la ley”, por el reconocimiento del sujeto de derecho como ente abstracto. La vinculación de la tierra dificultaba el comercio, entorpeciendo la producción y el desarrollo económico, en tanto que las “clases improductivas” acababan por apropiarse de la mayor parte de la riqueza producida, gracias a los numerosos derechos señoriales. Por ello, se reivindicará la desamortización, la desvinculación y el derecho de propiedad privada, como afirmación máxima de la libertad individual. Ello reclama un Derecho claro, igual, abstracto, estable y neutral.”²³⁴

Agrega por su parte Mezquita del Cacho, que en la fase de lo que llama, siguiendo a Hauriou, *Derecho de Estado* (por ejemplo, en el Estado Absoluto), el individuo obtenía solo una relativa seguridad *por el Derecho* y carecía en cambio de seguridad *en el Derecho*,²³⁵ pero que con el establecimiento de la Legalidad, la seguridad por el Derecho se volvió también seguridad en el Derecho, ya que a partir de entonces

²³⁴ *Ídem*. Pág. 60.

²³⁵ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 62.

“ y desde la autoconciencia de su función de seguridad, el Derecho se ofrece al ciudadano, no sólo como un instrumento para su protección individual, sino, además, como un instrumento revestido, para cumplir ese objetivo, de una *certeza* suficiente, ofreciéndose al ciudadano como *seguro en si mismo* por lo que respecta a esos fines.”²³⁶

En paralelo a esta idea, Belloch Julbe, Alcalde de Zaragoza y ex Ministro de Justicia e Interior, con motivo de la clausura de las Jornadas Notariales de Burgos, celebradas los días 18 y 19 de abril de 2008, expuso que la seguridad jurídica se presenta como un problema *de certeza del Derecho* y de *certeza en el Derecho*. La certeza del Derecho dijo, “se vincula a la publicidad de las normas, a la claridad y precisión de los mandatos legales y a la interpretación uniforme de los mismos, tanto en su aplicación administrativa como judicial.”²³⁷ Y la certeza en el Derecho, “hace referencia a la dimensión temporal de la seguridad jurídica, tanto respecto del pasado (tratamiento restrictivo de la retroactividad) como del futuro (límites y procedimientos en el cambio del ordenamiento jurídico).”²³⁸

5. Características de la función notarial.

El Estado, como hemos visto hasta aquí, tiene como fin primordial el de garantizar la justicia en la sociedad. La justicia no es susceptible de objetivarse directamente sino sólo a través de la realización armónica de los valores de igualdad, libertad y seguridad, que le son consustanciales. Una parte muy importante de la seguridad jurídica la representa la seguridad preventiva o cautelar. La función notarial contribuye a la realización de este fin dotando, a las relaciones *jusprivatistas*, de certeza y seguridad jurídicas.

Ahora bien, explicada la naturaleza de la función notarial, en atención a su finalidad, que es la justicia preventiva, es preciso señalar ahora

²³⁶ Ídem. Pág. 67.

²³⁷ “La seguridad jurídica preventiva. Su valor actual”. BELLOCH JULBE, Juan Alberto. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Mayo- Junio 2008. Número de Revista: 19

²³⁸ *Ibidem*.

sus notas más importantes, que derivan precisamente de su propia naturaleza.

5.1.Garantir la seguridad preventiva.

Como ha quedado explicado, el fin fundamental de la función notarial es cautelar. La función notarial tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica *preventiva* en las relaciones de Derecho privado. A la forma como se cumple con esta finalidad, por su relevancia y amplitud, le dedicaremos el próximo capítulo.

5.2.Carácter institucional.

La función notarial tiene, necesariamente, un carácter institucional, pues la ejerce un grupo de profesionales del Derecho (*numerus clausus*) autorizados para ello por la ley, que integran una organización-institución (el notariado) con reglas precisas para acceder a la función y sujeta siempre a la supervisión y control del Estado en cuanto a su ejercicio.

La forma como se lleva a cabo el nombramiento de notarios ha dado lugar, históricamente, a diversos sistemas, que siguiendo la exposición que del tema hacen Pérez Fernández del Castillo²³⁹ y Ríos Hellig²⁴⁰, son los siguientes:

- a) Venta de notarías
- b) Nombramiento político
- c) Por título profesional
- d) Sistema de adscriptos
- e) Sistema de oposición

²³⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op.cit.* Pàg.182.

²⁴⁰ RÍOS HELLIG, Jorge. *Op.cit.* Pág. 97.

Venta de Notarías. Este sistema, previsto desde las *Siete Partidas*²⁴¹, se estableció en México en la época de la Colonia, y se continuó durante todo el siglo XIX.²⁴²

Informa Ríos Hellig que en las leyes “de 1865 y 1867 se abolieron los oficios, pero se reconocieron en algunos casos los que ya se habían vendido.”²⁴³ Y “en 1887 se les vuelve a dar reconocimiento, sólo cambia la regulación de los impuestos que, de manera aproximada, era de seis al millar sobre el producto total de oficio estimado.”²⁴⁴

Este sistema, como es obvio, tenía grandes inconvenientes, pues como dice Pérez Fernández del Castillo,²⁴⁵ no se basaba en la capacidad y calidad moral del aspirante a Notario, sino en su capacidad económica. Quien compraba una notaría la veía únicamente como un negocio rentable. La notaría se podía vender, rentar, heredar. El notario era propietario del protocolo y de todos los documentos relacionados con su actividad.

Este sistema quedó definitivamente derogado en el Distrito Federal, a partir de la entrada en vigor de la Ley del Notariado de 1901.²⁴⁶ En el Estado de México, como ya vimos,²⁴⁷ la Ley Orgánica de Escribanos Públicos del Estado de México de 1875, suprimió los oficios vendibles en el Estado.

²⁴¹ Ídem.

²⁴² En un decreto de 17 de julio de 1846, se estableció:

Art. 1.- “Los dueños de oficios públicos vendibles y renunciables, tendrán libertad para renunciarlos o venderlos en cualquier tiempo; más la renuncia o venta no surtirá efecto alguno mientras no se pague a la Hacienda Pública del Departamento el dos y medio por ciento del valor del oficio vendido o renunciado.”

Art. 2.- “Los expresados oficios caducarán solamente, cuando el comprador o renunciatario no ocurra al Gobierno Departamental para que este le expida el correspondiente título de propiedad, dentro de 90 días contados desde aquel en que se haya hecho la venta o renuncia.

No podrá el Gobierno expedir el título de propiedad mientras no se acredite el entero del dos y medio por ciento referido, y el de 25 pesos por derechos del mismo título, incluso del papel sellado en que deba extenderse.”

²⁴³ RÍOS HELLIG, Jorge. Op.cit. Pág. 97

²⁴⁴ Ídem.

²⁴⁵ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op.cit. Pág. 185.

²⁴⁶ Ídem.

²⁴⁷ Infra. Pág. 23

Por Nombramiento Político. De acuerdo con Ríos Hellig,²⁴⁸ este sistema se establece en el Distrito Federal con la Ley de 1901 que termina con el sistema de oficios vendibles. En el Estado de México, de acuerdo con la citada ley de Escribanos Públicos de 1875, se reservó el nombramiento de notario como una facultad del Gobernador. Sin embargo, como dijimos,²⁴⁹ se implementó un riguroso procedimiento para la designación de escribano, que incluía la presentación de dos exámenes. La tendencia que se ha mostrado en el país es la de ir abandonando este sistema, por el de examen de oposición.

Por Título Profesional. En algunas universidades el título que otorgan es el de Licenciado en Derecho y Notario. Sin embargo, esto no significa que la persona pueda ejercer inmediatamente como notario, pues para ello se requiere que obtenga la patente correspondiente. Como nos informa Pérez Fernández del Castillo,²⁵⁰ en Argentina existe la Universidad Notarial y en la provincia de Québec, en Canadá, el Derecho Notarial es una especialidad del postgrado indispensable para ser Notario. En verdad, este sistema no constituye una forma de nombramiento de notario, pues como ya se mencionó, la sola obtención del título académico de notario, no conlleva el adquirir la fe pública y por tanto no faculta el ejercicio de la función notarial. En todo caso puede considerarse como un requisito para ser nombrado notario.

Por Adscripción. En algunos estados de la República además del notario titular existe un *adscripto* quien sule al titular en sus faltas temporales. Cuando el notario titular falta definitivamente, el *adscripto* lo sustituye.

Por Oposición. Obviamente éste es el mejor sistema para el nombramiento de notarios. De acuerdo con Sanahuja, citado por Carral y de Teresa,²⁵¹ este sistema se denomina de *adscripción legitima*, porque está establecido en la ley y tiene como fundamento el examen

²⁴⁸ RÍOS HELLIG, Jorge. *Op.cit.* Pág. 98.

²⁴⁹ *Infra.* Pág. 21

²⁵⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op.cit.* Pág. 186.

²⁵¹ CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Op.cit.* Pág.94.

de oposición; es decir, que obtiene el nombramiento quien gana en el examen de oposición correspondiente, en tanto que los demás sistemas se podrían considerar como de *adscripción dativa*; esto es, que son dados por la autoridad discrecionalmente.

Dentro del sistema de nombramiento por oposición, se distinguen dos variantes: oposiciones cerradas y oposiciones abiertas.²⁵² En la primera sólo pueden participar quienes hayan aprobado previamente el examen de aspirante a notario. En el segundo basta con ser Licenciado en Derecho.

En el Distrito Federal, el sistema que se sigue para la designación de notarios es por examen de oposición. Para tal efecto, la LNDF contempla la carrera notarial, los exámenes de aspirante a notario y de oposición.²⁵³

En el Estado de México existen tres categorías de notarios: el notario titular, el notario interino y el notario provisional.

Notario titular es el *notario definitivo*; es la persona normalmente encargada de cumplir con la función notarial en el Estado de México.

El artículo 7º de la LNEM ordena: “La función notarial se ejerce en el Estado de México por los notarios titulares de una notaría de número y por quienes los sustituyan conforme a esta Ley.”

²⁵² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op.cit.* Pág.187.

²⁵³ La carrera notarial, de acuerdo con el artículo 47 de la LNDF, se concibe como el sistema que organiza los estudios e investigación de las diversas disciplinas jurídicas, dirigidas al mejor desempeño de la función notarial y para la difusión y puesta en práctica de sus principios y valores ético-jurídicos en beneficio de la ciudad.

De acuerdo con el artículo 48 de la LNDF, para que se pueda desarrollar la carrera notarial, se dispondrán de medios para hacer accesible la preparación básica para el examen de aspirante al notariado a profesionales del derecho, como condición pública de una mejor competencia profesional para el examen de oposición.

Según el artículo 50 de la precitada ley, la carrera notarial se regirá por los principios y valores que fundamentan el ejercicio de la fe pública, y especialmente por los principios de excelencia, especialización, legitimación, objetividad, profesionalismo, imparcialidad, sustentabilidad e independencia.

El artículo 62 ordena que el Jefe de Gobierno expedirá las patentes de aspirante y de notario, a quien haya resultado aprobado y triunfador en el examen respectivo.

El sistema que se sigue en el Estado de México para el nombramiento del notario titular es el examen de oposición; con la excepción del notario provisional que, por su buen desempeño del cargo, puede ser nombrado titular, como adelante veremos. Así lo establece el artículo 13 de LNEM en los siguientes términos: “Para obtener el nombramiento de notario deberán satisfacerse los requisitos siguientes: I.- Tener constancia de aspirante a notario o, en su caso, haber aprobado la evaluación a que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior; II.- Cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11 de la presente Ley; III.- Aprobar el examen de oposición que para el efecto se realice.”

Notario interino es el notario que suple las faltas temporales por licencia o suspensión de un notario titular. El notario interino es nombrado por el gobernador y el nombramiento debe recaer en un aspirante a notario o bien en quien ya se haya desempeñado como notario interino o provisional. El artículo 29 de la LNEM señala: “En los casos de separación de los Notarios por licencia o suspensión, el Gobernador del Estado, al conceder aquella u ordenar ésta designará notario de entre los aspirantes o a quien se haya desempeñado como notario interino o provisional, para que se haga cargo interinamente de la notaría de que se trate.”

Notario provisional es el notario que se hace cargo de una notaría la cual carece de notario titular ya sea por fallecimiento, renuncia, o destitución del cargo o bien por su reciente creación. En estos casos el Gobernador del Estado puede nombrar un notario provisional de entre los aspirantes o bien de quien ya se haya desempeñado anteriormente como notario interino o provisional. El notario provisional puede convertirse en notario definitivo si transcurrido un año del nombramiento del cargo demuestra experiencia, capacidad y eficiencia en el desempeño de la función. El artículo 14 de la indicada ley establece: “En las notarias de nueva creación o a las que se encuentren vacantes, en tanto se realiza el nombramiento del titular, el Gobernador del Estado podrá nombrar a un notario provisional de entre aquellos que hayan acreditado el examen para aspirante o se hayan desempeñado como notario interino o provisional en el Estado de México. Si después

de transcurrido un año demuestra experiencia, capacidad y eficiencia en el desempeño de la función, evaluado a satisfacción de la Secretaría y el Colegio, el Gobernador del Estado lo podrá nombrar notario titular.”

En mi opinión, el nombramiento de un notario provisional, tratándose de notarías de reciente creación, desvirtúa la finalidad de esta figura jurídica. En efecto, cuando una notaría queda vacante por la muerte repentina del notario titular o por su renuncia o destitución, es conveniente que exista un procedimiento ágil, que permita de manera inmediata, que alguien capacitado atienda la notaría en tanto se procede al concurso de oposición para nombrar notario titular, y evitar, con ello, trastornos a los interesados. Esta situación no se presenta en notarías de nueva creación en las que sin ninguna urgencia se puede convocar con toda anticipación a concurso de oposición para designar titular.

Patente. Se denomina patente al documento en donde consta el carácter, ya sea de aspirante a notario o de notario.²⁵⁴

²⁵⁴ **Patente de Aspirante a Notario.** Para ser aspirante a notario, en el Estado de México, de acuerdo con el artículo 11 de la LNEM, se deben de satisfacer los requisitos siguientes:

Ser ciudadano mexicano por nacimiento, mayor de veintiocho años;

Tener una residencia efectiva e ininterrumpida en el territorio del Estado de México, cuando menos de cinco años anteriores a la fecha de solicitud;

Ser profesional del derecho, con una antigüedad mínima en el ejercicio de cinco años anteriores a la fecha de solicitud;

Haber realizado prácticas de manera ininterrumpida por un período mínimo de un año en alguna notaría del Estado de México;

Acreditar el curso de formación de aspirantes a notario que imparte el Colegio;

No padecer enfermedad que impida el ejercicio de las facultades intelectuales o que sea causa de incapacidad física para el desempeño de la función notarial;

Ser de conducta honorable;

No estar sujeto a proceso penal por delito intencional ni haber sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito de la misma clase;

No haber sido suspendido o cesado del ejercicio de la función notarial en el Estado de México o en otra entidad de la República;

No haber sido declarado en estado de quiebra o de concurso de acreedores, excepto que haya sido restituido;

Aprobar el examen para aspirante a notario en los términos de esta Ley y su Reglamento.

Patente de Notario. Para obtener el nombramiento de notario en el Estado de México se deberá de cumplir con los requisitos que establece el artículo 13 de la LNEM. Estos requisitos son:

Tener constancia de aspirante a notario o, en su caso, haber aprobado la evaluación a que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior;

Cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11 de la presente Ley;

Aprobar el examen de oposición que para el efecto se realice.

5.3.Carácter aplicativo.

Las normas del Derecho notarial son normas, usando la terminología de Hart, secundarias o de segundo grado, en tanto que no van dirigidas a regular la conducta de las personas en general, como las del Derecho civil o mercantil (y que por eso son normas primarias) sino que están destinadas para que sean *aplicadas* exclusivamente por los notarios (constituyen por ende un sistema aplicativo), en tanto que realizan una función pública: dar fe pública previo control de la legalidad. Estas normas, y las relativas al Registro Público, integran las áreas del Derecho denominadas, respectivamente, Derecho notarial y Derecho registral. En conjunto pueden considerarse como constitutivas del sistema de Derecho cautelar, si bien no existe al respecto un reconocimiento por la teoría jurídica.

5.4.Carácter público y privado de manera inescindible.

La función notarial es una función pública y privada al mismo tiempo, y esto, dicen los tratadistas, de manera inescindible. Si bien esta afirmación es correcta, debe aclararse que lo que verdaderamente caracteriza a la función notarial en el notariado latino, es su carácter público por encima de los aspectos privados que la complementan. Cosa distinta es el estatus personal del notario que aunque titular de una función pública, con algunos matices privados, en la mayoría de las legislaciones no es funcionario público sino profesional en ejercicio de una profesión liberal. Se trata entonces *del ejercicio privado de una función pública*.²⁵⁵ Al hablar de notario profesional, dice Rodríguez Adrados, “nos estamos refiriendo al notario que ejerce una profesión liberal, como prestador de obra intelectual efectuada en régimen de autonomía técnica y jerárquica frente al cliente, con amplia discrecionalidad (bajo el aspecto de la técnica profesional) y con organización de trabajo propia.”²⁵⁶

²⁵⁵ PÉREZ DE MADRID C, Valerio. *Óp. Cit.* Pág. 59.

²⁵⁶ “El principio de profesionalidad”. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-Diciembre 2007. Número de Revista: 16.

El carácter público de la función notarial se concretiza básicamente en dos aspectos: la atribución de fe pública al notario y el control de la legalidad que realiza. El estudio de estos elementos, como ya lo hemos anunciado, lo haremos en el capítulo siguiente. En este apartado haremos un estudio del estatus del notario, poniendo énfasis en los aspectos privados de la función notarial.

En el Diccionario de Legislación de Escriche se informa que el nombre de notario “viene de la palabra latina *nota*, que significa título, escritura o cifra, ya sea porque los escribanos recibían antes en cifras o abreviaturas los contratos y demás actos que pasaban ante ellos, ya sea porque en todo instrumento ponían como todavía ponen su sello, marca, cifra o signo, para autorizarle.”²⁵⁷

La ley francesa de Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803), conceptualizó al notario como un funcionario público y formuló una clásica definición que inspiró los criterios que se adoptaron en muchas legislaciones. Decía así: “Los notarios son los funcionarios públicos instituidos para recibir todos los actos y contratos a los que las partes deben o quieren dar el carácter de autenticidad, unido a los documentos emanados de una autoridad pública y para asegurar su fecha, conservarlos en depósito y librar copias y expediciones.”

En el Derecho español, el artículo primero de la Ley del notariado declara que “el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”

El artículo primero del reglamento complementa esta definición señalando que “los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho.”

En Derecho mexicano el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió las razones por las que el notario, no tiene calidad de servidor público.

²⁵⁷ ESCRICHE, Joaquín. *Op.cit.* Pág. 462.

“NOTARIO. NO SON SERVIDORES PÚBLICOS. Conforme al artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reputan como servidores públicos, entre otros, los representantes de elección popular y quienes desempeñan un empleo, cargo o comisión en la administración pública. Ahora bien, toda vez que el notario actúa por medio de una patente otorgada por el Estado, no puede ser considerado servidor público, en atención a que su cargo no es de elección popular ni se halla dentro de la administración pública estatal o municipal, además de que el notario no depende del gobierno o de una entidad paraestatal, ya que si bien actúa por delegación del Estado, no está dentro de su organización administrativa ni burocrática.”

Por su parte, la LNEM, en el artículo 4º, define que: “Notario es el profesional del derecho a quien el gobernador del Estado ha otorgado nombramiento para ejercer las funciones propias del notariado, investido de fe pública.”

En la actualidad, la idea de un notario como funcionario público, ha sido abandonada por casi todas las legislaciones de los países que tienen el sistema de notariado latino, sustituyéndola por la que lo considera como un profesional del derecho, dotado de fe pública.²⁵⁸ Así, en el Informe de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), que se produjo en ocasión del Primer Congreso Internacional de la misma, celebrado en Buenos Aires, en el año de 1948, se proclamó:

“El notario latino es el **profesional del Derecho** encargado de una **función pública** consistente en recibir, **interpretar y dar forma legal** a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles **autenticidad, conservar** los originales de estos y expedir **copias** que den fe de su contenido.

En su función está comprendida la autenticidad de los hechos.

²⁵⁸ CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Ponencias presentadas por el Notariado Español*. XIV Jornada Notarial Iberoamericana. Punta Cana, República Dominicana. 2 al 6 de junio de 2010. Pág. 528. “La doctrina no expresa de manera unánime el concepto de notario. Existen opiniones radicales que, bien de *lege data* bien de *lege ferenda*, proclaman ora el carácter eminentemente funcional del notario, ora el de libre profesional. Las posiciones más centradas, y mayoritarias, defiende, con diversidad de matices y acentos, la dualidad recogida en el artículo 1 del Reglamento Notarial: a la vez funcionario público y profesional del Derecho.

Es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial.”²⁵⁹

Esta Resolución fue aprobada por los países asistentes al Congreso, esto es; Argentina, Bélgica, Canadá, Cuba, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Perú, Suiza y Uruguay. Posteriormente ha sido asumida en los Estatutos de la UINL y por los países que luego se han incorporado a la Unión, hasta un total de sesenta y ocho países.²⁶⁰

En el mismo sentido, en la Declaración de la Conferencia Permanente de los Notariados de la Unión Europea, de fecha 23 de marzo de 1990, conocida como *Declaración de Madrid* se dice:

“¿Qué es el notario?

El Notario es un *oficial público* que tiene una *delegación de la autoridad del Estado* para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es *el autor*, el *carácter de autenticidad* que confiere a dichos documentos, cuya *conservación* asegura, la *fuerza probatoria* y la *fuerza ejecutiva*.

A fin de dotar a su actividad de la necesaria *independencia*, el Notario ejerce su función en el marco de una *profesión liberal* que abarca todas las actividades jurídicas *no contenciosas*.

Su intervención, tanto por *el consejo*, que da de forma *imparcial*, pero *activa*, a las partes, como por la redacción del documento auténtico que es su resultado, confiere al usuario del derecho la *seguridad jurídica* que éste busca y que está tanto mejor asegurada por cuanto el notario es *un jurista de alta cualificación* universitaria que accede a su profesión después de diversas pruebas, exámenes y prácticas y que la ejerce conforme a *reglas disciplinarias* estrictas, bajo el *control* permanente de la autoridad pública y gracias a una *implantación geográfica* que permite recurrir a sus **servicios** en todo el territorio de cada nación.

²⁵⁹ GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto. *La función del Notario en la Unión Europea*. Colegios Notariales de España 2º Edición. España. 1999. Pág. 31.

²⁶⁰ *Ibidem*.

En fin, la intervención del Notario, que *preserva* de posibles *litigios* es un mecanismo indispensable para *la administración de una buena justicia*.²⁶¹

Gómez-Martinho Faerna en su estudio hace una síntesis de las características típicas del Notariado Latino, en los países miembros de la Unión Europea, en los siguientes términos:

1.- Que unas legislaciones califican al notario de <<**oficial público**>> y otras de <<*funcionario público*>>. Esta diferente denominación carece, sin embargo, de relieve, porque depende exclusivamente de la terminología legislativa general de cada país, pero no altera la esencia de la función del notario que, aun calificado de <<funcionario>>, está claramente distinguido del <<*funcionario del Estado*>>, dependiente de la Administración, retribuido con fondos públicos y sometido a una jerarquía administrativa, caracteres que no se dan en el notario en ninguno de los países citados, sea cual sea la denominación legal.

2.- Que en las definiciones se contempla casi exclusivamente la **función pública** del notario, consistente en recibir actos o contratos y redactar documentos que tienen el carácter de auténticos, cuya autenticidad se deriva de la autoridad pública de que está dotado el notario por delegación del poder público.

3.-Que el ámbito de actuación del notario es el de los actos, contratos o negocios jurídicos no contenciosos, es decir, el ámbito de la llamada **jurisdicción preventiva**, en contraposición a la jurisdicción contenciosa que corresponde al juez.

4.- Que, en particular, el notario interviene también en la **constatación de hechos** materiales de los cuales se pueden derivar derechos, **custodia** los originales de sus documentos, admite **depósitos** de otros documentos o efectos, **expide copias o testimonios** de documentos...,etc.

²⁶¹ GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto. *Op.cit.* Pág. 31.

5.- Que esta actividad pública, documentadora, del notario que reflejan las definiciones legales se completa con **una actividad jurídica privada** que se deduce de esas mismas definiciones y que está presente, como se verá a continuación, en la regulación legal de la función notarial.²⁶²

Por otra parte, nos explica Gómez-Martinho Faerna, que en “las definiciones legales de la función de notario, como se ha dicho antes, se recoge exclusivamente el aspecto público de la misma. Ello es consecuencia de que, en el siglo pasado, en el que surgieron estas normas, existían diversas clases de notarios o escribanos cuyo nombramiento tenía su origen en poderes no estatales. Al derogar el viejo sistema, las legislaciones quisieron acentuar el carácter público, estatal, de la función notarial y así la definieron. Así ocurrió con la Ley francesa de Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803), con el propio Código de Napoleón y con la Ley del Notariado Española de 28 de mayo de 1862, entre otras.”²⁶³

Si bien, como hemos visto, el notario es un profesional en el sentido de que no es empleado o servidor público del Estado, tampoco se puede asimilar absolutamente a ningún otro profesional que desempeñe una profesión liberal, pues su actividad está siempre delimitada por la naturaleza pública de la función, por lo que como dice Chaine, citado por Campo Güerri, “ el notario está allí, en la encrucijada del Derecho Público y del Derecho Privado, de los intereses colectivos y de los intereses privados.” Así, las notas que distinguen al notario profesional del abogado en ejercicio libre de la profesión, siguiendo a Campo Güerri,²⁶⁴ son las siguientes:

a.La organización notarial depende directamente de la estructura administrativa del Estado.

²⁶² *Ídem.* Pág. 31.

²⁶³ *Ídem.* Pág. 32

²⁶⁴ CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 530.

- b.El acceso al cuerpo notarial se realiza mediante el procedimiento que la ley establece previa convocatoria del Estado.
- c.Al notario se le asigna la plaza donde debe prestar su función.
- d.El notario tiene para el ejercicio de su función una competencia territorial.
- e.La notaría es una oficina pública.
- f.El notario está sujeto a un régimen disciplinario específico.
- g.La remuneración del notario está fijada por arancel.
- h.El notario no dispone de su nombramiento.
- i.El protocolo notarial pertenece al Estado.
- j.El notario está obligado a prestar su ministerio.
- k.La forma como el notario ejerce su función está determinada en la ley.

La actividad más importante que realiza el notario, como profesional privado es la de asesorar a quienes ante él acuden para requerirle sus servicios. La asesoría del notario va más allá de simplemente emitir un consejo. El notario, siguiendo a Rodríguez Adrados, al asesorar a las partes “penetra en el mismo negocio documentado y colabora a su formación, al servicio de los intereses privados de los otorgantes”.²⁶⁵

En su función de consejero de las partes, el notario debe tener cuidado de que al documentar una operación se cumplan con todos los requisitos legales, de fondo y forma, del acto de que se trate. Conectando así el deber de consejo con el deber de documentar, la doctrina italiana ha formulado la *teoría de la adecuación*, según la cual “la actividad jurídica notarial privada consiste en <<adaptar la voluntad de las partes a los esquemas legales>>; esta adecuación o confirmación del acto o contrato a la ley es necesaria en función de su naturaleza porque no se puede escindir la actividad pública y la privada, la primera realizada por el oficial público y la segunda por el profesional del Derecho, porque la función es unitaria. Así, el notario se diferencia de los demás documentadores públicos (funcionarios),

²⁶⁵ “El Principio de profesionalidad.” RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-Diciembre 2007. Número de revista 16.

porque sólo el notario es quien realiza esta función de adecuación de la voluntad a la ley.”²⁶⁶

Este asesoramiento ha generado –dice Campo Güerri- una abundante y fecunda doctrina, pudiéndose destacar dos autores que la describen con extraordinaria precisión. “**González Palomino** explica que el notario, cuando asesora, actúa como pedagogo de la voluntad, ayudando a formarse perfecto el consentimiento, sometiendo al compareciente a un diálogo socrático para hacerle ver cuál es su verdadera voluntad. En términos análogos se pronuncia **Figa Faura** cuando afirma que la labor del notario es una mayéutica, sin serle lícito sustituir al cliente ni dejarlo abandonado a sus fuerzas.”²⁶⁷

La razón por la cual es preferible un notario profesional a un notario servidor público, la explica Rodríguez Adrados diciendo que “el notario meramente funcionario solamente puede llevar a cabo un control externo de la legalidad del documento y únicamente puede conferirle una autenticidad formal; si se pretende una autenticidad y un control de fondo es preciso implicar al notario en el negocio, es necesario el notario profesional”²⁶⁸ y, concluye, citando a Giuliani, “esta particular e insustituible función pública no puede mantenerse y desenvolverse hacia sus fines de otra manera que en régimen de actividad libre, autónoma, autosuficiente y auto responsable.”²⁶⁹

Por último, en opinión de Gómez-Martinho Faerna, las características propias de la actividad del notario, como profesional privado son, entre otras, las siguientes:

- “Está obligado a prestar **asesoramiento y consejo jurídico** a los particulares que libremente le eligen y a informar a éstos de los efectos y consecuencias del acto o contrato que celebran;

²⁶⁶ *Ibidem.*

²⁶⁷ CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 530.

²⁶⁸ “El Principio de profesionalidad”. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-Diciembre 2007. Número de Revista: 16.

²⁶⁹ *Ibidem.*

- Es un profesional **independiente** en el ejercicio de su función;
- Está incardinado en una **organización profesional**;
- Está sujeto a **responsabilidad** civil y disciplinaria por los daños y perjuicios que ocasione a sus clientes en el ejercicio de su función;
- Está obligado a guardar **secreto** profesional;
- Y, finalmente, percibe sus **honorarios** directamente de los particulares a él.”²⁷⁰

Las disposiciones que en Derecho español establecen la labor asesora del notario, además del artículo 1º del Reglamento Notarial, que contempla el carácter profesional del notario, son el artículo 147 del mismo cuerpo legal cuando expresa, que “el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquellos del valor y alcance de su redacción, incluso cuando el documento se redacte conforme a minuta y en todo caso prestando asistencia especial al otorgante más necesitado de ella.” Por su parte el artículo 148 del ordenamiento citado agrega que “los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos oscuros o ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.”

En el Estado de México, la LNEM omite referencia expresa al asesoramiento que debe prestar el notario y sólo alude, de manera genérica, a la obligación del notario de redactar ordenadamente las declaraciones de los comparecientes (artículo 79 fracc.VIII) y de

²⁷⁰ GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto. *Óp. Cit.* Pág. 33.

redactar, con claridad, las cláusulas relativas al acto que se otorgue (fracc. IX), así como la disposición general de hacer constar, bajo su fe, respecto de los comparecientes, “que les explicó el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura”. En cambio, la ley señala con precisión las funciones públicas del notario, al disponer en el artículo 5º, lo siguiente: El notario tiene a su cargo, en los casos en que no estén encomendadas expresa y exclusivamente a las autoridades, las siguientes *funciones de orden público* que le soliciten los interesados: I. Dar formalidad a los actos jurídicos; II. Dar fe de los hechos que le consten; III. Tramitar procedimientos no contenciosos en los términos de esta Ley; IV. Tramitar procedimientos de arbitraje o mediación.

5.5.Carácter formal.

La función notarial logra su propósito cautelar mediante la implementación de la forma. La forma, dice Mezquita del Cacho, es la noción-nervio de un sistema de Derecho cautelar, como la de proceso lo es para la función jurisdiccional auténtica o la de acto administrativo para el Derecho administrativo.

Siguiendo con Mezquita del Cacho, nos dice que en el moderno Derecho europeo, se produjo una fusión entre dos concepciones históricas diferentes de la forma: la romana, que la entendía como una medida de conveniencia procesal y, la germánica, que la concebía como un requisito sustantivo dirigido a la seguridad del tráfico. “Las formas clásicas romanas no eran, en efecto, condiciones de eficacia dispuestas para acentuar la reflexión en los actos, o la compulsión moral para la observancia de los compromisos; sino *escenificaciones más o menos aparatosas y públicas, destinadas a impresionar la memoria de los asistentes a fin de facilitar así su eventual testimonio procesal futuro (stipulatio, mancipatio, aes et libram, etc.)*. Y cuando sobreviene la invención del documento, lo que sobretodo se valora en él es su aptitud por la fijación de la grafía, para ser aportado como prueba procesal al margen del fallecimiento, la ausencia o la

incapacidad de partes y testigos. [...] Frente a esa concepción, la germánica veía las formas jurídicas como *condiciones para la plena eficacia material de los derechos*. El cargado sentido mágico de las solemnidades se dirigía predominantemente a hacer reflexionar y a compeler a sus partícipes sobre sus deberes de observancia, y dar a la comunidad (con intervención de instituciones oficiales) una noticia del acto que involucrara a aquella y a éstas en la exigencia de sus contenidos.”²⁷¹

Algunos autores distinguen entre forma y formalismo, entendiendo, por la primera, el modo como se exterioriza la voluntad en la celebración de un acto jurídico, y por el segundo, el conjunto de requisitos que la ley establece en cuanto a la forma de celebración de los actos jurídicos para su validez o existencia.

Así, Pérez Fernández del Castillo, fundándose en el pensamiento de Aristóteles, sostiene que en el campo del Derecho, los actos jurídicos y contratos constan de los dos elementos que menciona Aristóteles, como inherentes del ser: la materia y la forma. “La materia es el objeto de la voluntad interna del sujeto; la forma su expresión, su manifestación por medio de signos verbales, escritos o por la realización u omisión de cualquier conducta”.²⁷² Lo que lo lleva a concluir que “no hay acto jurídico ni contrato que no tenga forma, pues

²⁷¹ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 2. Pág. 294. Por su parte, Rodríguez Adrados, Antonio. En la Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Notario del Siglo XXI. En su comentario al Principio de la Forma Escrita, manifiesta: “La introducción de la escritura, en aquel ambiente jurídico romano de oralidad sustantiva y procesal, se desarrolló con relativa facilidad, aunque lentamente, respecto al texto del negocio, expresado en unas tablas enceradas o en un escrito al que remite la estipulación. Pero no llegó a comprender la declaración de voluntad misma, pues la cláusula estipulatoria contenida en los documentos no pasó de ser un fuerte medio de prueba de que había tenido lugar la estipulación oral, que podía destruirse en los estrechos límites de la ley Optimam de Justiniano (CJ, 8.38 (37).14, año 531, y II, 3.19 (20).12), recibida en las Partidas (5.11.32 y 3.18.117).

Vino a poner fin a esta situación el Ordenamiento de Alcalá (1348), mediante su ley Pareciendo (Única del título XVI) recogida en las ulteriores compilaciones, al disponer que a la exigencia del acreedor ‘non pueda ser puesta excepción que non fue fecha estipulación’, acabando con una cláusula estipulatoria tantas veces ficticia y liberando al documento de la consiguiente oralidad. Y la Pragmática de Alcalá (1503), con su redacción ‘en extenso’ de la nota, impidió el alargamiento del texto con datos que no figuraran en aquella; y respecto de la declaración misma de la voluntad, describió y exigió en todo caso la firma del otorgante –original o suplida– como forma escrita de la misma...”

²⁷² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Óp. Cit.* Pág. 65.

ésta constituye un elemento de existencia de la voluntad.” Los formalismos, en cambio, son elementos de validez del acto jurídico y pueden definirse como: “El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes que señalan como se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato.”²⁷³

Asimismo, sostiene Zamora y Valencia,²⁷⁴ que la forma es un elemento de existencia del acto jurídico, pues considera que la voluntad o consentimiento necesariamente tendrá que manifestarse de alguna manera y, por ende, esta manera o forma de manifestarse la voluntad, es un elemento de existencia. Al respecto, dice este autor: “En otro sentido, es necesario e imprescindible que se emplee alguna manera de proyectar o exteriorizar la voluntad y por tanto el consentimiento, y si esa manera de exteriorizarse es la forma, esta por necesidad lógica será un elemento de existencia del contrato.”²⁷⁵

En mi opinión, considerar la forma como un elemento de existencia del acto jurídico sería una repetición innecesaria del de la voluntad o consentimiento. La voluntad o consentimiento, desde el punto de vista psicológico, es la intención o determinación de realizar algo; en el ámbito del Derecho, de realizar un acto jurídico. Pero esa voluntad psicológica, no manifestada o exteriorizada de alguna manera, es irrelevante desde el punto de vista jurídico, es la nada jurídica. Yo puedo tener en mi ánimo interno la resolución de hacer un testamento o comprar una casa, pero si nunca exteriorizo esa intención, no puede producir efectos jurídicos. Problema distinto es el de tratar de saber, a partir de la voluntad manifestada, cual fue la verdadera intención del otorgante del acto jurídico. Esto es el problema de la interpretación de la voluntad. En este problema por supuesto que la intención es relevante. Pero el problema sólo existe cuando hubo una voluntad o acuerdo de voluntades exteriorizado o manifestado, que deja lugar a

²⁷³ *Ídem*. Pág. 66.

²⁷⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Óp. cit.* pág. 17.

²⁷⁵ *Ibidem*.

dudas de cuál fue la verdadera intención del o los otorgantes del acto jurídico. En otros términos, desde el punto de vista jurídico, la voluntad o en su caso el consentimiento y su exteriorización, integran un sólo elemento, son inseparables. Pretender considerar la exteriorización de la voluntad, como un elemento distinto de la voluntad misma, para efectos de la existencia del contrato, me parece una repetición innecesaria.

Coincido con Zamora y Valencia en que debe entenderse, por elementos de una cosa, aquellas partes sin las cuales esa cosa no existe como tal.²⁷⁶ En este sentido, los únicos elementos del acto jurídico son la voluntad (o en su caso, el consentimiento) y el objeto. La voluntad, para ser válida, debe cumplir siempre con tres presupuestos básicos y, eventualmente, uno más, en determinados actos jurídicos: debe ser otorgada por persona capaz; debe estar ausente de vicios; debe tener un objeto, motivo o fin lícito; y, en algunos casos, debe otorgarse en la forma prescrita en la Ley. Obviamente, siempre se exteriorizará de alguna forma, pero se dice que el acto es formal, cuando la forma de exteriorizarse está prescrita en la Ley y debe cumplirse de manera obligatoria

De los elementos señalados, para la función notarial es particularmente relevante *la forma* en los actos jurídicos. El documento notarial es, en sí mismo, una forma especial de configuración de un acto jurídico. Es un modo de ser de un acto jurídico.

Estima Rodríguez Adrados, que la escritura es "*la exteriorización* de la voluntad negocial, la *declaración* que acompañada de otros requisitos, y de las declaraciones y juicios del Notario para potenciarla y fijar sus coordenadas personales, temporales y locales, indispensables por ser

²⁷⁶ *Ídem*. Pág. 13.

una declaración destinada al conocimiento de personas ausentes a su emisión, en el espacio y en el tiempo.”²⁷⁷

La forma escrita, aunque menos expresiva que la oral, que viene acompañada de la entonación, de los gestos, etc., “que aclaran y complementan la exposición del pensamiento”,²⁷⁸ ofrece, en cambio, - continuando con Rodríguez Adrados- mucho mayor seguridad, por, entre otros factores, la permanencia de la escritura frente a la volatilidad de las palabras. “Los escritos pueden utilizarse en todo tiempo y lugar y ante cualesquiera personas, judicial y extrajudicialmente, sin depender de la otra parte y de los testigos, de su veracidad, memoria y sobrevivencia.”²⁷⁹ Asimismo la escritura proporciona la fijación de la situación, que en una actuación oral se percibe patentemente y no es necesario aclararla, pero con el paso del tiempo surgen las disensiones. “El que empieza a redactar un escrito tiene, por el contrario, que comenzar fijando la situación temporal, local y personal: quiénes son las personas que se reúnen; en qué tiempo y lugar y con qué objeto; qué papel desempeña cada uno de los intervinientes; cuáles son las manifestaciones que respectivamente hacen; cómo acreditan, o intentan acreditar, la verdad de su contenido.”²⁸⁰ La escritura, además, se beneficia con el tiempo para su redacción, lectura y firma, porque “quien escribe puede tomarse el tiempo que precise para perfilar sus ideas con todas las posibilidades que encierran los borradores, las consultas y las enmiendas en busca de la expresión precisa; y cuenta con que los destinatarios también podrán leer y releer. Lo primero tiene una importancia aún más radical si se piensa en que oralidad y escritura no son solamente medios de expresión del pensamiento, sino

²⁷⁷ “El principio de Consentimiento.” RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista On Line del Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-Diciembre 2008. Número de Revista: 22. <http://www.elnotario.com/egest/portada.php?idSeccion=85>

²⁷⁸ “Principio de la Forma Escrita.” RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista On Line del Colegio Notarial de Madrid. Septiembre-Octubre 2008. Número de Revista: 23. <http://www.elnotario.com/egest/portada.php?idSeccion=86>

²⁷⁹ *Ibidem.*

²⁸⁰ *Ibidem.*

medios de su formación, función instrumental que cumple el lenguaje escrito con mayor perfección que el lenguaje oral.”²⁸¹

Uno de los juristas que con mayor profundidad ha estudiado la importancia de la forma en el Derecho es Ihering, en su obra, “el Espíritu del Derecho Romano” en donde, en literal expresión, de acuerdo con Mezquita del Cacho decía “que la presunciones y las formalidades de los actos jurídicos (y conviene recordar que aquéllas se sustentan normalmente en éstas) son instrumentos para potenciar la facilidad y certeza en la aplicación de los derechos: si vgr. Pensamos en voluntad testamentaria, debe advertirse que sin sus formas sería muy difícil discernir en concreto si un individuo ha dispuesto realmente su sucesión, y cómo; y podría tomarse por disposición de última voluntad cualquier declaración de un sujeto acerca de intenciones inmaduras en estado de simple anteproyecto. Las formas facilitan y aseguran <<diagnósticos jurídicos>>, lo que aprovecha tanto al juez como a las partes; y además generan autocontrol, que es el antídoto de lo que Savigny consideraba, en su <<Derecho de Obligaciones>> indeseable para la seguridad de las relaciones civiles: la irreflexión, peligro que según Ihering, la *forma* despeja gracias a la revelación de la conciencia jurídica, o compulsión al otorgante acerca de la consecuencia jurídica de su acto. Por tanto, a la imputación que se ha hecho al formalismo del riesgo de que, por vicio formal, deje sin eficacia a la voluntad real de obligarse, habría que oponer al informalismo antípoda el peligro, aún mas grave, de que se vea jurídicamente obligado quien realmente no tenga intención de obligarse.”²⁸²

Sobre este tema, Rojina Villegas escribe: “En el capítulo que consagra Ihering al formalismo, [...] precisa la esencia e importancia práctica del mismo, afirmando que uno de los caracteres que llama poderosamente la atención en el derecho antiguo, es precisamente el de la importancia que reviste la formalidad en la celebración de los distintos negocios jurídicos. Apunta dicho autor la relación íntima que existe entre la

²⁸¹ *Ibidem.*

²⁸² MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Óp. Cit.* Tomo 1. Pág. 358.

libertad y el formalismo, considerando que la arbitrariedad es enemiga de la forma, pues ésta constituye un freno al libertinaje en los actos jurídicos.”²⁸³

Según hemos visto, no hay actos jurídicos sin forma. Todos los actos jurídicos se exteriorizan de alguna forma. Esto, sin embargo, no significa que todos los actos jurídicos sean formales. El acto jurídico formal es aquel que tiene preestablecida en la ley una determinada forma para que surta sus efectos legales. Dependiendo de *la forma* como debe exteriorizarse la voluntad, los actos jurídicos se clasifican en consensuales, formales, solemnes y reales:

Consensuales. Son aquellos actos jurídicos en los que basta el simple consentimiento, expresado de cualquier forma, para que se perfeccionen. Es decir, la ley no prescribe ninguna forma o manera especial como debe expresarse la voluntad o el consentimiento para la realización de un acto jurídico.²⁸⁴

Formales. Son los actos jurídicos para los que la ley exige una determinada *forma* para su otorgamiento. Aunque la ley sanciona con la nulidad la falta de forma, si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal. La acción para demandar el otorgamiento del contrato en la forma debida, es la acción *pro-forma*.

²⁸³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Porrúa. México. 1962. Pág. 98.

²⁸⁴ El Código Civil para el Estado de México establece el consensualismo como la regla general para la celebración de actos jurídicos. Al respecto tenemos las siguientes disposiciones:

Artículo 7.32. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes; excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, a la costumbre o a la ley.

Artículo 7.73. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 7.74. La falta de formalidad exigida por la ley origina la nulidad del contrato, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Solemnes. Cuando la formalidad, por disposición expresa de la ley, se convierte en un elemento necesario para la existencia del acto jurídico se llama solemnidad. Tratándose de *actos solemnes*, como el matrimonio o el testamento, la falta de solemnidad no produce la nulidad relativa, ni da derecho al ejercicio de la acción pro-forma, sino la inexistencia del acto.

El único acto solemne en el que intervienen los notarios, en Derecho mexicano, es el testamento. En opinión de Asprón Pelayo:

“En doctrina se discute acerca de que si el testamento es o no un acto solemne. En la legislación encontramos los siguientes artículos que regulan esta característica del testamento[...] Como se puede apreciar en lo artículos transcritos, el propio legislador emplea un lenguaje confuso, porque en algunos casos habla de solemnidades, y en otros habla de formalidades, pero con la interpretación de los artículos 1491 en relación con el 2228, debemos concluir que la falta de las formalidades prescritas por la ley, en materia de testamentos, trae aparejada la nulidad absoluta del acto; en mi opinión el querer encajar las ineficacias de los testamentos en la teoría de las nulidades de Bonnecase no es lógica, puesto que en dicha teoría se preocupaban de las consecuencias y de la falta de consecuencias que repercutían entre las partes, mientras que en los testamentos podemos afirmar que es mucho más sencilla la regla, cuando no se cumplen los requisitos que la ley exige, no hay testamento; si por el contrario se satisfacen los requisitos de ley, entonces sí habrá testamento, por ello el legislador debe tener cuidado al establecer requisitos.”²⁸⁵

En mi opinión, el testamento es un acto solemne, independientemente de que por razones distintas a la solemnidad, el testamento pueda ser declarado nulo. Efectivamente, la ley establece determinadas solemnidades, cuya omisión producen la inexistencia del testamento. Por ejemplo, si el testamento público abierto no se otorga ante notario es inexistente, si no firma el testador o, en su caso, imprime su huella digital y lo firma un testigo a su ruego, es inexistente, si el notario no da lectura al testamento, es inexistente. Ahora bien, si habiéndose

²⁸⁵ PELAYO, Asprón. *Sucesiones*. Mc Graw Hill. México. 2º Edición. 2002. Pág. 46.

cumplido con las solemnidades del caso, existiese algún vicio del consentimiento o hubiese ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del testamento o incapacidad del testador, el acto sería nulo.

En todo caso y para efectos prácticos, en Derecho mexicano, no tiene mayor relevancia la distinción entre inexistencia y nulidad absoluta, pues la misma jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, que sus diferencias son meramente teóricas. Así lo señala la siguiente jurisprudencia:

“NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS. Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales emplea la expresión “acto jurídico inexistente”, en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427,1433,1434,1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencia por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2128 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades.”

Reales. Los contratos son reales cuando para su perfeccionamiento se requiere la *traditio* o entrega de la cosa. En Derecho mexicano no hay contratos reales con excepción de la prenda. El artículo 7.1069 del CCEM dispone: “Para que se tenga por constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor en forma real, virtual o jurídica”, y el artículo 7.1070 del CCEM agrega: “Hay entrega real de la prenda cuando materialmente se hace; hay entrega virtual al acreedor, siempre que éste y el deudor convengan en que la misma quede en poder de un tercero o del mismo deudor. Habrá entrega jurídica cuando expresamente lo autorice la ley. En estos casos, la prenda sólo producirá sus efectos contra terceros cuando esté inscrita en el Registro Público de la Propiedad.”

5.6. Genera responsabilidad legal en caso de ejercicio indebido.

El notario, como profesional privado que ejerce una función pública, es responsable legalmente por el indebido ejercicio de su función.

Esta responsabilidad puede implicar, además de la imposición de una sanción que puede ser de carácter administrativo o penal, el pago de daños y perjuicios. Los notarios, por tanto, pueden incurrir en cuatro diferentes tipos de responsabilidad: responsabilidad civil, responsabilidad penal, responsabilidad administrativa y responsabilidad fiscal.²⁸⁶

Responsabilidad civil. La responsabilidad civil consiste en la obligación del notario de resarcir los daños y perjuicios que por su actuación ilícita, ya sea dolosa o culposa, ocasione a quienes pudiesen verse afectados por su actuación, ya sean los propios interesados o terceros.²⁸⁷

Respecto de la responsabilidad civil de los notarios, podemos cuestionarnos de qué tipo de responsabilidad civil se trata. Es decir, es un caso de responsabilidad civil extracontractual o contractual.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, hace una distinción entre el cliente y el sujeto con quien éste contrata. Respecto del cliente considera que se está frente a una responsabilidad contractual y respecto al otro sujeto opina que se está frente a una responsabilidad

²⁸⁶ El artículo 148 de la LNEM establece: Los notarios serán civilmente responsables de los daños y perjuicios que ocasionen en el ejercicio de su función, por las acciones u omisiones a lo dispuesto en las leyes, siempre que sean consecuencia directa e inmediata de su intervención. Los notarios podrán ser responsables penalmente si, como consecuencia de una sentencia ejecutoriada se declara la nulidad de un instrumento público otorgado ante su fe, por causas que le sean imputables y que puedan ser constitutivas de delito.

²⁸⁷ En el Estado de México, la LNEM prevé la constitución de un *fondo de garantía del notariado* que tiene como objeto responder de manera subsidiaria por la responsabilidad patrimonial de los Notarios en el ejercicio de sus funciones.

extracontractual. Su posición la expone de la siguiente manera: “Particularmente, me inclino a pensar que la fuente de la responsabilidad (del notario) es contractual y extracontractual. La primera por tratarse de un contrato de presentación (sic) de servicios profesionales, cuyo clausulado, sino se establece en cada contrato, se suple por el Código Civil, la Ley del Notariado y el arancel de notarios. Es extracontractual en relación con uno de los sujetos que contrata con su cliente, mismo que en lo personal no celebra un contrato de prestación de servicios con el notario y sin embargo, lo recibe de parte de él. En mi opinión, la fuente de la responsabilidad del notario frente a su cliente, no es el incumplimiento a la ley del notariado, pues ésta daría lugar a la responsabilidad disciplinaria que se tiene frente al Estado y no así la civil.”²⁸⁸

Ciertamente ésta es una cuestión ampliamente debatida en la doctrina. Germán Núñez Palomino, se adhiere absolutamente a la posición del profesor Pérez Fernández del Castillo, sin embargo, refiere la opinión de Giménez-Arnau quien piensa, según dice, “que en España –por cuestión de tradición- se situó la responsabilidad civil del notario en el terreno de la culpa extracontractual, pero que el tema es hartamente debatido. El ilustre notario español estima que, aunque la relación entre notario y cliente sea contractual, la responsabilidad de aquel no deriva del contrato sino de la ley.”²⁸⁹

Por mi parte considero que el notario, aunque profesional privado, ejerce una función pública, cuyos términos no dependen de los convenios o estipulaciones que celebre con los requirentes del servicio, sino que están establecidos en la ley. No considero que pueda hacerse una distinción respecto de la responsabilidad del notario, según los sujetos a quienes presta su servicio, pues su actuación deriva de la ley, independientemente de quien lo haya requerido o rogado para prestar el servicio. El ejercicio de la función notarial se establece en la ley y no en estipulaciones privadas. El notario, cuando es requerido o rogado

²⁸⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Óp. Cit.* Pág. 367.

²⁸⁹ Núñez Palomino, Germán. La responsabilidad Civil del notario. *Revista El notario del siglo XXI. Óp. Cit.*

para ejercer su función, está obligado a realizarla y no celebra un convenio, para pactar los términos o condiciones, para la prestación del servicio. Por ello considero que, en todos los casos, en los que se ocasionen daños y perjuicios, estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, pues deriva del incumplimiento de normas que regulan la actuación del notario, y no de las estipulaciones de un contrato de prestación de servicios profesionales. Creo que se trata de una responsabilidad subjetiva, pues requiere de la existencia de culpa o dolo, en la actuación del notario. Así, por ejemplo, si se anula un instrumento porque se hubiese suplantado al otorgante, el notario sólo sería responsable si no identificó al otorgante, como establece la ley notarial. El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, por hecho ilícito, se encuentra, en el caso de la legislación civil para el Estado de México, en lo dispuesto en el artículo 7.145. Que dice: El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, aún cuando sea incapaz, cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que pruebe que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima (en sentido similar el artículo 1902 del C.c español).

Responsabilidad penal. La responsabilidad penal, deriva del hecho de incurrir el notario en el delito de falsificación, con motivo del ejercicio de la función notarial, o de algunos otros delitos, como lavado de dinero o evasión de impuestos. Se sanciona con multa y pena privativa de la libertad.

Responsabilidad administrativa. Deriva del hecho de incurrir el notario en faltas de carácter administrativo en el desempeño su función. Esta responsabilidad se sanciona con amonestación, multa, suspensión e inclusive con la pérdida de la patente de notario, según la naturaleza de la falta.

Responsabilidad fiscal. Deriva del incumplimiento de alguna de las responsabilidades fiscales que tienen los notarios, y lo obliga al pago de

los impuestos omitidos con recargos y multas. Puede dar lugar incluso a una responsabilidad penal.

Estas responsabilidades no son excluyentes, y se pueden presentar de manera acumulativa.

5.7.Principios de la función notarial en su ejercicio.²⁹⁰

En el ejercicio de la función notarial el notario debe ajustar su actuación a ciertos principios, que se denominan *principios notariales*, y que son:

5.7.1.Principio de rogación.

El primero, cronológicamente, de los principios notariales es el principio de rogación, pues es el que inicia la intervención del notario en un determinado asunto y significa que el notario no puede actuar de oficio sino a petición de parte. De acuerdo con este principio el notario no puede dar fe si no es *rogado* o requerido para tal efecto.

Expone Rodríguez Adrados²⁹¹ que la rogación es un requisito establecido desde el Derecho romano que ordenaba que “nada puede escribir el tabelión sino rogado por las partes” y que la rogación no se presumía, ha no ser que constara por testigos o por conjeturas, o que el tabelión aseverara en el documento que había sido rogado y, que por ello, la rogación solía hacerse constar en el documento, y sin esa rogación el instrumento era nulo, y todavía hoy *rogito* se denomina en italiano a la autorización notarial.

Añade que la rogación, en Derecho español, tiene una relevancia distinta según se trate de actas o escrituras. Respecto de las primeras dice que la rogación acota el ámbito del acta, aunque no sus efectos,

²⁹⁰ NOTA: Para el desarrollo de este tema he seguido básicamente la serie de artículos elaborados por el Notario Antonio Rodríguez Adrados, publicados en *El Notario del siglo XXI, Revista Online del Colegio Notarial de Madrid*.

²⁹¹ “El Principio de Rogación.” RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del siglo XXI, Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. Mayo-Junio 2006. Número de revista: 7.

que derivan sólo de la narración del notario sin necesidad de la aprobación y firma del requirente. “En consecuencia, la rogación, sólo la rogación, exige constancia documental, con firma del rogante y autorización del Notario (Rgto., art. 198.1).”²⁹² En las escrituras públicas, por el contrario, la rogación no tiene ya constancia documental específica, “porque la rogación definitiva queda embebida en el otorgamiento y firma del instrumento; el requerimiento inicial es en realidad un mero proyecto de rogación, modificable por las partes incluso después de la lectura del documento, a la vista de las informaciones y consejo del notario.”²⁹³ Concluye diciéndonos que “La rogación produce en todo caso un importante efecto, la constitución de una relación jurídica entre el Notario y los requirentes (y cada uno de los requirentes, R. 28.8.1932), distinta de la relación jurídica sustantiva que vincula a las partes. Se trata de una relación de carácter formal (STS 3.7.1965), de la que ha quedado excluido todo contenido sustantivo, y que genera ex lege ‘obligaciones’ para el Notario y solamente ‘cargas’ para sus requirentes.”²⁹⁴

La LNEM establece una situación semejante a la legislación española. En primer término se dispone de manera general en el artículo 20, fracción III, que son obligaciones de los notarios: “Ejercer sus funciones cuando sean *solicitados o requeridos*, siempre que no exista para ello algún impedimento o motivo de excusa.” Además, el artículo 10 agrega que “La Secretaría requerirá a los notarios de la entidad, a través del Colegio, para que realicen las funciones inherentes a su cargo en programas públicos de regularización de la tenencia de la tierra, de escrituración de vivienda de interés social progresiva y popular y otros que satisfagan necesidades colectivas, así como para prestar sus servicios en los casos y términos establecidos en la legislación electoral. Las autoridades estatales y municipales auxiliarán a los notarios del Estado, para el eficaz desempeño de estas funciones.” Sin embargo, ya en el capítulo relativo a las escrituras no se hace especial

²⁹² *Ibidem.*

²⁹³ *Ibidem.*

²⁹⁴ *Ibidem.*

referencia a la rogación, pues se entiende implícita en la escritura y únicamente se dispone que el notario hará constar bajo su fe, que los comparecientes manifestaron su conformidad con el texto leído “mediante la impresión de su firma”. Igualmente se dispone que “antes que la escritura sea firmada por los comparecientes, estos podrán pedir al notario que se hagan en ella las adiciones o variaciones que estimen convenientes, en cuyo caso, el notario asentará los cambios y hará constar que les dio lectura y que les explicó las consecuencias legales de tales modificaciones”.

En cambio, respecto de las actas se dispone que el notario “a solicitud de parte” asienta “uno o varios hechos presenciados por él, autorizados con su firma y sello (artículo 88)” y que el notario “autorizará el acta aún cuando no sea firmada por el solicitante (artículo 103)”.

Hace notar Rodríguez Adrados que el particular no queda vinculado por la rogación y que en cualquier momento la puede modificar o, inclusive, desistirse de ella, en tanto que el notario si queda vinculado *ex lege* por la rogación siempre que ésta reúna los requisitos legales, es decir, que no puede negarse a prestar el servicio cuando es rogado para ello. En el Estado de México, el desistimiento de la rogación, cuando la escritura quedó asentada en el protocolo, y se ponga la razón de no pasó, genera la obligación para el solicitante de pagar el 50% de los honorarios establecidos en el arancel para la escritura de que se trate.

5.7.2.Principio de Veracidad.

La verdad del instrumento público, dice Rodríguez Adrados,²⁹⁵ consiste en la adecuación del escrito a la cosa o asunto –*adhecuatio scriptum cum re-*, pero que va más allá, ya que se extiende al cumplimiento de las solemnidades legales que no requieren constancia expresa en el texto del documento.

²⁹⁵ “El principio de Veracidad”. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista On Line del Colegio Notarial de Madrid. Septiembre-Octubre 2006. Número de Revista: 9.

Sin embargo, aclara que la veracidad no comprende la totalidad del documento, porque la verdad como su contraria, la falsedad, “sólo son predicables de aquellas declaraciones del Notario o de los comparecientes relativas a <<hechos>>, incluidos los actos y negocios jurídicos; las calificaciones, los juicios del Notario, no son verdaderos ni falsos, sino acertados o erróneos.” Así, por ejemplo, cuando el Notario asienta que los comparecientes tienen, a su juicio, “capacidad legal” para el otorgamiento del acto, si posteriormente resultara que alguno carecía de ésta capacidad, el Notario habrá tenido un juicio erróneo, pero no falso.

Asimismo explica que el principio de veracidad no se reduce a que el documento refiera de verdad lo que los otorgantes han expresado sino que pretende que estas manifestaciones sean, a su vez, “verdaderas”, pues sin ello la verdad documental sería una verdad meramente formal. Es decir, se pretende alcanzar una “autenticidad de fondo”. No obstante, reconoce que la veracidad formal debe considerarse veracidad de fondo, en aquellos casos en que el instrumento jurídico recoge fielmente una realidad jurídica creada al amparo del propio ordenamiento, suplantando así la realidad material. Por ejemplo, si el antecedente de una escritura de compraventa es un título de propiedad, debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad, y se recabó el correspondiente certificado de libertad de gravámenes, la escritura gozará de veracidad formal y de fondo, independientemente de que la realidad material no fuera así, por una causa que no hubiese podido conocer el Notario y el nuevo adquirente.

Continúa Rodríguez Agrados diciendo, que si bien el Notario no puede desentenderse de la búsqueda de su verdad, y para ello debe emplear su experiencia, sus conocimientos jurídicos y su *auctoritas*, jurídica y moral, no tiene en cambio una *potestas* sobre los otorgantes, porque lo que documenta es “un acto libre de autonomía privada”.

En relación a este principio, la LNEM contiene las siguientes disposiciones: el notario certificará haber tenido a la vista los documentos que se hayan presentado para la formación de la escritura

(artículo 79, VII); redactará ordenadamente las declaraciones de los comparecientes, “que serán siempre hechas bajo protesta de decir verdad; el Notario los apercibirá de las penas en que incurren quienes declaran con falsedad” (artículo 79, VIII); siempre hará constar bajo su fe, respecto de los comparecientes : a) que acreditaron su identidad, b) que a su juicio tienen capacidad legal, c) que les fue leída la escritura, d) que les explicó el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura, e) que manifestaron su conformidad con el texto leído mediante la impresión de su firma, f) los hechos que presencie y que sean relevantes o integrantes del acto y g) la fecha o fechas en que impriman huella digital y el notario autorice la escritura (artículo 79, XII).

Por su parte el Código Penal para el Estado de México dispone que comete el delito de falso testimonio, el que interrogado por alguna autoridad pública o *fedatario en ejercicio de sus funciones* o con motivo de ellas faltare a la verdad (artículo 156); y el delito de falsificación de documentos públicos, el Notario que en ejercicio de sus funciones, expida una certificación de hechos que no sean ciertos o de fe de lo que no conste en autos, registros, protocolos o documentos (artículo 170, II).

5.7.3.Principio de legalidad.

Íntimamente relacionado con el principio de veracidad del instrumento público se tiene el principio de legalidad o adecuación del instrumento público al ordenamiento legal. Por su relevancia, su análisis lo realizaremos en el próximo capítulo.

5.7.4.Principio de inmediación.

El principio de inmediación significa que la función notarial la presta el Notario de manera personalísima y que las personas que participan en el otorgamiento de una escritura pública tienen que estar, necesariamente, ya sea por sí o por conducto de representante legal debidamente acreditado, en presencia del Notario autorizante. En las diligencias de fe de hechos las cosas o los hechos objeto del acta

notarial igualmente tienen que estar o haber pasado en presencia del Notario. El principio de inmediación es a veces enunciado con la locución latina *de visis et auditis suis sensibus*, porque el Notario sólo puede dar fe de aquello que ha visto y oído por sus propios sentidos.

Lo anterior se pone de manifiesto en las actas (cuando son firmadas por los comparecientes) y en las escrituras con la expresión “Ante mí”, que según expresa Rodríguez Adrados,²⁹⁶ en el sistema español inicia cada escritura y de acuerdo con la LNEM (artículo 86) se pone cuando el notario autoriza la escritura preventivamente al momento de ser firmada por los otorgantes y demás comparecientes, y definitivamente cuando se han cubierto todos los requisitos legales.

La inmediación es indispensable para que el Notario pueda dar fe de que a su juicio los comparecientes tienen capacidad legal, de que les fue leída la escritura, de que se les explicó el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura y de que manifestaron su conformidad con la misma mediante la impresión de su firma.

La inmediación, nos dice Rodríguez Adrados,²⁹⁷ tiene un origen muy antiguo “conexionado a la primitiva concepción del tabelión, testigo del documento que el mismo había redactado. La formuló Justiniano en su Novela 44, De tabellionibus, al disponer que estos, por si mismos, *ipsis per se*, reciban la rogación, y estén entre las partes, *intersint*, mientras el documento se absuelve. En el Derecho Intermedio la doctrina notarialista parte de ese texto; el Notario no puede confeccionar instrumentos *de praeteritis*, de cosas pasadas, pues ante todo tiene que *oír y estar presente* (Baldo); solamente puede hacer instrumentos de aquello que *en su presencia* se hace por las partes (Dumoulin; Gregorio López).”

²⁹⁶“El principio de inmediación.” RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista On Line del Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-Diciembre 2006. Número de Revista: 10.

²⁹⁷ *Ibidem*.

No obstante lo anterior, es innegable que en la práctica notarial moderna (en México y seguramente en muchos otros países), en las escrituras en las que participan apoderados de las Instituciones Financieras o de Organismos de vivienda, no se da cumplimiento a este principio lo cual afecta gravemente la validez del instrumento notarial.

En estos casos, como se sabe, empleados de las notarias llevan los folios ante estas instituciones, dan lectura a las escrituras y se firman ahí mismo, sin estar presente el Notario. En rigor, como veremos, estas escrituras están afectadas de nulidad. En el Derecho francés, y en muchos países que siguen sus huellas, especialmente los africanos, informa Rodríguez Adrados, excepciona el principio de intermediación el actual art. 10.1 de la Ley de Ventoso (redacción de la Ley 73/546), que permite al Notario habilitar uno o varios de sus empleados de élite, *sus clerics assermentés*, para dar lectura a los documentos y a las leyes, y recoger las firmas de las partes, aunque se añada que los documentos adquieren carácter de actos auténticos a contar de su firma por el Notario; de un Notario –acota Rodríguez Adrados-, que no estuvo presente, de manera que aparecería dando fe un Notario que en realidad estaría recibiendo fe; recibiendo fe de esos empleados, apoderados o habilitados.

En mi opinión, esta solución legal del Derecho francés es discutible porque distorsiona la función notarial para comodidad de los bancos, aunque ciertamente es mejor que la simulación y falsedad que se practica actualmente en los demás países que realizan la práctica irregular de llevar los folios a firma a los bancos.

Este asunto es de la mayor trascendencia y gravedad. En efecto, es un asunto grave porque todas las escrituras firmadas por los bancos están afectadas de nulidad; implican una falsedad del notario y, algo, quizás todavía peor, suponen un desplazamiento de la fe pública del notario hacia los bancos. Me explico: La ley dice que la escritura la deben firmar los comparecientes en presencia del notario; que el

notario da fe pública de que la escritura se firmó en su presencia, por eso después de la firma pone la razón “ante mí”; que previamente a la firma el notario identificó a los comparecientes, les leyó la escritura y les explicó el valor y alcance del acto jurídico que están celebrando y que, acto seguido, inmediatamente la firmó. Por otra parte, la ley establece que una escritura es nula cuando no se cumplen las formalidades para su otorgamiento. En las escrituras que participan los bancos y algunos otros organismos, en la práctica, el día de la firma un empleado de la notaría va al banco con los folios; en el banco se revisa el expediente por el funcionario del propio banco y estando todo en orden, identifica a los interesados y autoriza la firma. Es decir, el banco sustituye al notario en sus funciones. Hay, en realidad, un desplazamiento de la fe pública del notario hacia el banco. Después, el empleado de la notaria lleva los folios firmados por los interesados al notario, quien, en algún momento, en soledad, en su oficina, firma las escrituras.

Esto es nulo porque el notario asienta falsamente que todo sucedió en su presencia, cuando en verdad sucedió en presencia de un funcionario bancario y un empleado de la notaria. Esto es una simulación que se ha establecido por comodidad de los bancos, para evitar que sus representantes se trasladen a la notaria a la firma de las escrituras.

Actualmente esta situación podría superarse fácilmente con el uso de la firma electrónica avanzada que podría permitir al banco firmar la escritura electrónicamente sin que hubiese ningún desplazamiento, ni de los notarios ni de los representantes del banco.

El procedimiento que propongo es el siguiente:

El cliente hace en el banco su trámite normal para obtener su crédito, aprobado éste el banco le da una autorización para que en un plazo, digamos de 30 días, señale notario para hacer la escritura. El interesado escoge al notario de su preferencia y éste le informa al banco que ha sido designado, por el interesado, notario para el

otorgamiento de la escritura y le requiere para que le mande la documentación necesaria para tal efecto. El banco manda la documentación y le fija al notario un plazo para la firma de la escritura. Toda esta comunicación puede ser por vía electrónica. El notario elabora el proyecto y lo envía al banco para su aprobación. Recibida ésta el notario cita a los interesados en la notaría y ahí se firma la escritura en presencia del notario. Después, el notario, con su firma electrónica avanzada envía la escritura al banco quien de la misma manera la firma y la devuelve al notario, una vez recibida por el notario la escritura, la autoriza con su firma autógrafa y razón "Ante mí" y se continúa el trámite normal hasta su inscripción en el Registro.

Ventajas:

- 1.- Se cumple con la ley. Sobre todo se acaba con la simulación y la ilegalidad;
- 2.- Se evita el desplazamiento de empleados a los bancos;
- 3.- Se evita sacar los folios de la notaría, para llevarlos a los bancos, con los riesgos que esto implica;
- 4.- Se respeta el derecho del cliente de escoger notario de su preferencia; para el cliente esto representa economía y comodidad, pues puede elegir el notario que le cobre más barato y que le quede más cerca.
- 5.- Se simplifica el trámite, pues el banco ya no requiere de representantes que estén haciendo las veces de notario a la hora de la firma de las escrituras.

Para que este procedimiento sea posible, se necesita una reforma legal que permita al notario reconocer como firma autógrafa puesta en su presencia la firma electrónica avanzada del banco. Esto, en realidad, no tiene ninguna dificultad técnica. De hecho, tanto los bancos como el notario, utilizan ya, para muchos actos su firma

electrónica. Solo es necesaria una reforma legal, en la ley del Notariado, que autorice el uso de la firma electrónica avanzada para todos los efectos legales en las operaciones con los bancos. Mientras esto se autoriza, para cumplir con la ley, el representante del banco debería acudir a la notaría a la firma de la escritura o bien, los notarios ir al banco.

5.7.5. Principio de Libre elección de notario.

Éste es un principio aceptado en todos los países de sistema de notariado latino, aunque no en todos se encuentra expresamente reconocido. Informa Rodríguez Adrados que la Ley del Notariado de 1862 al igual que las demás legislaciones de la época, no proclamó expresamente este principio, lo que explica que se haya venido aplicando calladamente durante siglos. “La doctrina, española y extranjera vino a deducir la libre elección de la obligatoriedad de prestación de funciones del artículo 2º de la Ley, con lo que quedó integrada en el principio de rogación.”²⁹⁸ Posteriormente, al destacarse el carácter profesional del notario, sus imprescindibles funciones de asesoramiento y consejo, que exigen una fuerte preparación jurídica y que solamente podían fructificar en un clima de confianza, nacido de la libre elección se abandona así “el regazo de la rogación para acogerse al principio profesional de la función notarial”.²⁹⁹ Y así, con el consenso de todos, la libertad de elección fue al fin proclamada por el Reglamento Notarial de 1935, de donde paso al de 1944 y que la Reforma de 2007 ha perfeccionado (artículos 3º, 42.5, 126 y 127.4).³⁰⁰

En el notariado español –en opinión de Pérez de Madrid Carreras- se ha puesto especial énfasis en este principio para, por una parte, garantizar una adecuada concurrencia entre los notarios y, por otra, proteger al consumidor contra abusos o prácticas contrarias a la buena fe contractual. Al respecto, nos comenta, que la libre elección de

²⁹⁸“El principio de libre elección.” RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Marzo-Abril 2008. Número de Revista: 18.

²⁹⁹ *Ídem.*

³⁰⁰ *Ibidem.*

notario, establecida como un derecho en el Reglamento Notarial, constituye una de las reformas más importantes: “Ya en la exposición de motivos se señala que <<se adoptan medidas imprescindibles para reforzar el régimen de libre elección de notario>> y el artículo 126 RN dispone que <<la elección de notario es un derecho que compete a todo aquel que solicita el ejercicio de la función pública notarial e implica la posibilidad de elegir al notario de su confianza [...] Igualmente, la libre elección de notario se constituye como elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos>>. Para desarrollar este principio básico, obliga al notario a abstenerse de facilitar toda práctica que implique <<la imposición de notario por una de las partes con abuso de derecho o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual>> y permite a las Juntas Directivas adoptar las medidas necesarias para hacer <<efectiva la libre elección de notario por parte del consumidor>>.”³⁰¹

En la legislación alemana, aunque tampoco tiene una formulación expresa, sin embargo, de acuerdo con la doctrina, el silencio de la ley al respecto se explica dado el principio de equivalencia funcional de todos los notarios alemanes,³⁰² es decir, si todos los notarios son iguales, no hay razón, en principio, para que algún prestador de servicios prefiera a un notario de otro y, por ende, concluyen, el principio de libre elección del notario está garantizado.

De acuerdo con este principio que nos ocupa corresponde al usuario del servicio que va a pagar los honorarios elegir al notario. En la LNEM el principio no tiene, al igual que en Alemania, una formulación expresa y clara, lo que se ha traducido en un abuso de los prestadores de servicios de crédito (bancos, hipotecarias) e inmobiliarios, que imponen al usuario el notario ante quien deberá otorgarse la escritura, no obstante que es quien la va a pagar.

³⁰¹ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *Op.cit.* Pág. 68.

³⁰² GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto. *Op.cit.* Pág. 38.

5.7.6. Principio de Imparcialidad.

Una de las características típicas de la actividad notarial es la imparcialidad del notario. De acuerdo con esta característica el notario se sitúa entre las partes buscando conseguir el mayor equilibrio entre ellas.

En la aplicación de este principio el notario debe actuar no sólo con imparcialidad sino también con equidad. Es decir, el notario no puede perder de vista que frecuentemente tiene ante él, por una parte, a una gran empresa, como puede ser un banco o alguna otra entidad financiera, y del otro lado, a un particular, muchas veces un trabajador, que va a comprometer en la operación, una parte muy importante de su salario por muchos años. Nos dice Pérez de Madrid que la doctrina moderna, en todo caso

“Insiste en que la imparcialidad del notario no puede ser puramente formal, sino que tiene que ser una imparcialidad material o compensadora, dado que el notario está obligado a prestar especial asistencia a la parte más débil, como exige el artículo 147 del Reglamento Notarial. Esto es lógico, pues los grandes operadores económicos y las entidades financieras conciben el acto documentado por el notario como uno más de la larga lista de sus productos empresariales, redactados todos uniformemente bajo condiciones generales de contratación o con el asesoramiento especializado dado los medios de que disponen. Sin embargo, el notario tiene que tener en cuenta que para la <<parte débil>> ese acto es único y fundamental, pues puede ser el momento en que decide comprar la vivienda donde va a vivir el resto de su vida [...] y al banco que le va a acompañar todo ese tiempo. Por esta razón, la Resolución DGRN de 22 de octubre de 2002 conecta el deber de imparcialidad con el de libre elección de Notario, señalando que se trata de <<una imparcialidad con un matiz social y sustancial pues se debe prestar asistencia especial al otorgante más necesitado de ella>>.”³⁰³

³⁰³ *Ibidem*. Pág.77

Relata Rodríguez Adrados que en el Derecho español, como en el derecho comparado, la imparcialidad del notario es una constatación en la historia. “Las legislaciones notariales y los Códigos civiles del siglo XIX, también en España, carecen sin embargo de una formulación general de la imparcialidad y sólo contienen, bajo sanción de nulidad, algunas escasas prohibiciones, en casos especialmente graves y se prefiere, en lo demás, la libertad de los ciudadanos a los riesgos de una parcialidad que ellos deciden asumir. Tal desdibujamiento normativo ha inducido a considerar la imparcialidad del notario como un deber de naturaleza ética (Molleda), que ha de quedar en un plano extralegal (González Enriquez). Son en efecto muy importantes sus implicaciones deontológicas –en el Índice de la monumental ‘Deontología Notarial’ de Delgado de Miguel hay nada menos que 44 referencias a la imparcialidad-, pero actualmente entre nosotros constituye sin duda una obligación de los notarios de carácter legal, cuyo incumplimiento comporta las consiguientes sanciones disciplinarias.

La imparcialidad del notario resulta, en efecto, no solamente, ya desde 1984, del art. 147 del RN -‘Sin mengua de su imparcialidad, el notario ...’-, sino de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Régimen disciplinario de los notarios, por la que constituyen infracciones graves ‘las conductas que impidan prestar con imparcialidad ... las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los Notarios ...’. (Art. 43.Dos.2.B.c)”³⁰⁴

Para Pérez Fernández del Castillo, la imparcialidad en sí, “está integrada por varios valores como la verdad; el bien común; la justicia distributiva que persigue la igualdad entre todos frente a la ley y los servicios, valor democrático importante. Como medio preventivo el legislador en todos los tiempos ha buscado la manera de preservar al notario de todo vínculo de parcialidad. Cuando el notario actúa debe hacerlo libremente de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes y redactar los instrumentos con intereses distintos a los de la

³⁰⁴ “El principio de imparcialidad”. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Mayo-Junio 2008. Número de Revista: 19.

equidad, la justicia y la seguridad jurídica. Cuando se comparece ante un notario para solicitar la prestación de sus servicios, se está convencido que el fedatario actuará imparcialmente protegiendo los intereses de ambas partes.”³⁰⁵

La legislación del Estado de México (LNEM) se refiere a este principio en el artículo 20.

Artículo 20. Son obligaciones de los notarios:

I. Ejercer la función notarial con probidad, diligencia, eficiencia e *imparcialidad*, constituyéndose en consejero de quienes solicitan sus servicios.

5.7.7. Principios de matricidad y de protocolo.

Matricidad, dice Rodríguez Adrados, “es el principio en cuya virtud el notario retiene y custodia los documentos originales que ha autorizado de manera que sólo sus copias auténticas operan en el tráfico y en el protocolo.”³⁰⁶ Protocolo, “es el principio por el que el notario ha de custodiar esos instrumentos que retiene en su poder.”³⁰⁷

Siguiendo con la exposición de este principio, manifiesta que el documento tabeliónico se caracterizaba por su unicidad; existía un solo documento para cada acto notariado. “Los problemas originados por la pérdida (o por la ocultación) y por la falsificación de los documentos, que actualmente se resuelven con toda sencillez mediante la expedición de una nueva copia, o el cotejo de la copia con su matriz, obrante en el protocolo, eran entonces de muy difícil solución. Fueron, pues, problemas de seguridad jurídica los que condujeron a un sistema

³⁰⁵“La imparcialidad del Notario: Garantía del orden contractual.” PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Revista de Derecho Notarial. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. Diciembre 2004. Pág. 95.

³⁰⁶“El principio de matricidad y protocolo”. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Mayo-Junio 2009. Número de Revista: 25.

³⁰⁷ *Ibidem*.

bi-instrumental, en el que para cada acto notariado existen ya dos documentos: el instrumento público, que se entrega al interesado y un documento anterior que conserva el notario.”

De acuerdo con el diccionario de Escriche la palabra protocolo “viene de la voz griega *protos*, que significa primero en su línea, y de la latina *collium* o *collatio*, que significa comparación o cotejo. Entre los romanos *protocollum* era lo que estaba escrito a la cabeza del papel, donde solía ponerse el tiempo de su fabricación, [...] pero entre nosotros *protocolo* tiene tres significaciones, pues se llama así el minutarario en que el escribano nota brevemente la sustancia de un acto o contrato, la escritura matriz que el escribano estiende (sic.) con arreglo a derecho en un libro encuadernado de pliego entero y este mismo libro o registro en que el escribano estiende (sic.) las escrituras matrices a medida que se van otorgando.”³⁰⁸

La palabra protocolo se introdujo en la legislación española, de acuerdo con Otero y Valentín,³⁰⁹ en una de las cinco leyes, sobre la formación del Protocolo y otras disposiciones, que constituyen el Título XXIII, Libro 10, de la N.ma R.on., de fecha 7 de julio de 1503. En cuanto al concepto de protocolo, nos informa este autor, que es antecedente obligado lo dispuesto por Justiniano en la *Novela 44, cap. II, Praesenti legi...*

“Sin duda a fin de evitar falsificaciones, estableció –en su residencia de Constantinopla- que toda copia en limpio, *mundum*, se escribiese en un rollo de *papiro*, teniendo pegado en la primera página una etiqueta o sello *protocolo* provisto de una inscripción que contenía la firma del *comes largitionum*, el año de la fabricación del papel y otras indicaciones; con tal importancia que su falta implicaba la nulidad o falsedad; lo cual se explica por la circunstancia de que el instrumento se entregaba a las partes.”³¹⁰

³⁰⁸ ESCRICHE, Joaquín. *Óp. cit.* Pág 572

³⁰⁹ OTERO Y VALENTÍN, *Óp. Cit.* Pág. 113

³¹⁰ *Ídem.* Pág. 114

Continúa Otero y Valentín explicándonos que en la legislación española cayó en desuso la palabra protocolo, seguramente porque tenía un concepto formal, y fue substituida por las expresiones de *libros registro de Notas o minutarios*. Que los reyes católicos emplearon la denominación de protocolo para el Libro-registro de escrituras. Concluye Otero y Valentín de la siguiente manera:

“Daremos nuestro parecer. El concepto puramente etimológico de la palabra *Protocolo* es puramente formal y de escaso valor histórico. Esto no quita a que en la Pragmática de Alcalá de Henares, lo emplease con un objetivo derivativo; más intrínsecamente se creó otra cosa muy distinta a la prevista en tiempo de Justiniano. El criterio de encontrar en la palabra *collum* la significación de *depósito*, es muy significativo; y, por esto para nosotros, dando una explicación de *Protocolo*, y de manera traslaticia, para tener el concepto jurídico moderno, ha de entenderse por *depósito originario*; y de ahí el que se refiera a los documentos que se hacen, o son, *cunables*, por tener *sitio* donde se recogen y pueden utilizarse y cotejarse sus reproducciones. Esta finalidad es moderna y la más exacta en el orden legal, por ser criterio intrínseco.”³¹¹

En derecho mexicano la palabra protocolo se usa en dos sentidos: uno restringido y otro amplio.³¹² En el primero, se refiere al libro que se forma con el conjunto de folios ordenados progresivamente, en el que constan las actuaciones notariales. En el sentido amplio, por protocolo se entiende el conjunto de libros que corresponden a una notaría (incluidos: apéndice, cotejos e índice), en los que constan todas las actuaciones relativas a la misma. En este sentido se dice, por ejemplo, “El protocolo de la Notaría 18 del Estado de México”, o el notario dice, por ejemplo, “Escritura que obra en el protocolo a mi cargo.”³¹³

³¹¹ *Ídem*. Pág. 115

³¹² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Óp. cit.* Pág 97.

³¹³ Para la LNEM, protocolo “es el libro o conjunto de libros que se forman con los folios separados y numerados progresivamente en los que el Notario asienta y autentifica, con las formalidades de ley, los actos y hechos jurídicos otorgados ante su fe, así como los libros de cotejos y sus correspondientes apéndices e índices.” (Art. 50) Como puede verse de la disposición anterior, el sistema que sigue la ley notarial del Estado de México, es el de protocolo abierto. Es decir, que los folios que se entregan a los notarios están separados y al completarse se deberán de encuadernar formando un libro.

Características del protocolo notarial del Estado de México. En el Estado de México el protocolo tiene las características que a continuación se mencionan:

a) *El protocolo es propiedad del Estado de México.* El protocolo, como libro o conjunto de libros, está formado por documentos públicos que pertenecen al Estado de México. De la misma manera que los libros del Registro Civil o del Registro Público de la Propiedad pertenecen al Estado, los libros y demás documentos del protocolo de una notaría del Estado de México, pertenecen también al Estado. Los notarios públicos son depositarios de dichos libros por el tiempo que establece la ley.³¹⁴

b) *Control de los folios por el Colegio de Notarios del Estado de México.* Corresponde al Colegio proveer a los notarios del Estado de los folios necesarios para el ejercicio de su función. (Art. 52 de la LNEM) Para tal efecto los notarios deberán presentar solicitud al Colegio para la impresión y autorización de sus folios y el Colegio tramitará ante la Secretaría la autorización correspondiente, la que la concederá cuando cumpla con los requisitos legales. Una vez pagados los derechos correspondientes, el Colegio hará la entrega de los folios al notario, quien firmará el acuse de recibo anotando el día y la hora de la recepción.³¹⁵

³¹⁴ Al respecto la LNEM dispone:

Artículo 51.- El protocolo pertenece al Estado. Los notarios lo tendrán en custodia bajo su más estricta responsabilidad por cinco años, contados a partir de la fecha de autorización del siguiente libro o juego de libros para seguir actuando.

Transcurrido este término, remitirán los libros respectivos al Archivo, para su resguardo definitivo.

Por su parte, el Reglamento dispone:

Artículo 40. Transcurrido el plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo 51. de la ley, el Archivo requerirá por escrito a los notarios la entrega del protocolo. Cuando los notarios no cumplan con dicha entrega, el titular del Archivo dará aviso a la Secretaría para que proceda en términos de ley.

³¹⁵ ¿Qué requisitos deben cumplir los folios que integran el protocolo? (Art. 52 LNEM)

a) Tendrán 34 centímetros de largo por 21.5 de ancho. Se asentarán en ellos las escrituras y actas, las firmas y autorizaciones preventiva y definitiva correspondientes; y, a continuación, en dichos folios se asentarán las notas complementarias en tanto exista espacio para ello. Si fuera necesario asentar alguna nota complementaria y no hubiera espacio en el folio del protocolo se asentará la mención pertinente al final de éste, y en fojas de papel común se efectuarán dichas notas complementarias que se agregarán al apéndice.

c) *Los instrumentos y libros deberán ser numerados progresivamente de manera ininterrumpida.* Los instrumentos, libros y apéndices deben ser numerados progresivamente a partir de la primera actuación de la notaría y de manera ininterrumpida, aunque la notaría cambie de titular o cuando no pase algún instrumento. (Art. 53 LNEM) La ley autoriza llevar simultáneamente hasta 10 volúmenes, tanto en el protocolo ordinario como en el especial.(Art. 53 LNEM) Al iniciarse un volumen deberá contener una certificación, por parte de la Secretaría, de autorización, tanto del volumen de referencia como de los folios que lo integran y, además, una certificación del notario en la que haga constar la fecha en que se inicia, el número que le corresponda y la mención de que el libro contendrá las escrituras y actas notariales que se otorguen, (Art. 54 LNEM) y al concluir el volumen deberá llevar la certificación de clausura, con firma y sello del notario correspondiente, en la que se expresará el número de instrumentos contenidos en cada volumen, cuantos no pasaron; el número de folios utilizados y no utilizados, el número del primero y del último de los instrumentos autorizados y el lugar y día en que lo cierra. (Art. 73 LNEM).

d) *Secrecía del protocolo.* Los notarios están obligados a guardar secreto de los actos pasados ante ellos, según lo establece el artículo 20 de la LNEM. Congruente con esta disposición, el artículo 60 de la propia ley, establece que: “El protocolo sólo se mostrará a los interesados. Las escrituras y actas en particular, sólo podrán mostrarse a quienes hayan intervenido en ellas, o justifiquen representar sus derechos, o a los herederos o legatarios, tratándose de disposiciones testamentarias después de la muerte del testador.” Además, de acuerdo con el artículo 61: “Los folios donde consten las escrituras y

Los folios de protocolo tendrán a los lados un espacio en blanco de 3 centímetros en su parte interna y de 2.5 centímetros en el exterior;

b) Llevarán impreso en el ángulo superior derecho del anverso el número del folio, que será del 1 al 150; el número del volumen; el número de la notaría y la residencia;

c) Serán autorizados cada uno por la Secretaría.

De acuerdo con lo dispuesto en la fracción I del artículo 52 arriba transcrito, en los folios deben asentarse las escrituras y actas debidamente firmadas y las autorizaciones correspondientes pero, además, “las notas complementarias en tanto exista espacio para ello.” A falta de espacio, el artículo 41 del Reglamento, autoriza que “el notario podrá asentar en fojas de papel común, las notas complementarias que se agregaren al apéndice, haciéndose la mención correspondiente en seguida de la autorización definitiva.”

actas y los libros, sus apéndices e índices deberán permanecer siempre en la notaría, excepto cuando el notario recabe firmas fuera de ella. Si alguna autoridad competente ordena la inspección de algún instrumento, ésta se efectuará en la notaría o en el Archivo, ante la presencia del notario.” Como excepción a este principio de secrecía, el segundo párrafo del artículo 60 mencionado, indica que “Si para la redacción de un instrumento algún notario necesita dar fe de otro autorizado por distinto notario, podrá verificarlo en el protocolo respectivo de la notaría donde se encuentre o en el Archivo.”

e) *Encuadernación de los folios.* Con la Ley Orgánica del Notariado del Estado de México de 23 de septiembre de 1994, se introdujo en el sistema notarial del Estado de México el protocolo abierto que consta de folios separados y numerados progresivamente, los que al terminarse el juego completo deberán encuadernar para formar un libro. El actual artículo 58 de la vigente LNEM, en su parte conducente dice: “El notario encuadernará los folios que integren los volúmenes de su protocolo, disponiendo de un máximo de tres meses para ello, a partir de la fecha de clausura ordinaria.”

f) *A cada libro de protocolo corresponde un apéndice.* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la LNEM: “Cada libro del protocolo tendrá su *apéndice*, que se formará con los documentos relacionados con las escrituras y actas asentadas en aquél.”

Libro de cotejos. Cotejo es la copia certificada, expedida por el notario, en la cual hace constar que es idéntica al documento original exhibido, sin calificar sobre su autenticidad, validez o legalidad. De acuerdo con el artículo 72 de la LNEM: “En el libro de cotejos se asentarán los datos que identifiquen el cotejo de documentos auténticos con su copia escrita, fotográfica, fotostática o de cualquier otra clase sin más formalidades que su anotación en el mismo. Se formará por el conjunto de 150 folios separados, numerados y encuadernables, con su

respectivo apéndice e índice, con las formalidades y requisitos que se determinan en el reglamento.”

Índice. Además de los libros del protocolo y su apéndice y de cotejos y su apéndice, en las Notarías del Estado de México se lleva por duplicado el libro de *índice*, en donde se anotan todos los instrumentos autorizados o con la razón de “*no pasó*”.

5.7.8. Principio de Secrecía.

Como dijimos al hablar del protocolo, los notarios están obligados a guardar secreto de los actos pasados ante ellos. Como hace notar Ríos Hellig³¹⁶ la secrecía es una obligación ética que la ley exige a todo profesionista y que inclusive la revelación de secreto es un delito tipificado en los códigos penales.

La LNEM establece, en el artículo 20, como obligación de los notarios: “Guardar secreto de los actos pasados ante ellos, salvo de los que requieran la Secretaría, las autoridades jurisdiccionales o el Ministerio Público.”

Conclusión. De manera meramente descriptiva, al finalizar este capítulo podemos concluir diciendo que: *la función notarial es una función pública ejercida por un profesional privado inspirada en principios notariales que la configuran, que tiene como fin, garantizar la seguridad preventiva o cautelar en las relaciones de Derecho privado; regulada por un conjunto de normas, de carácter aplicativo, destinadas para su aplicación a individuos autorizados y supervisados por el Estado, denominados notarios, sujetos a responsabilidad legal, que en conjunto integran la institución del notariado, y, que, además de las funciones públicas que les son inherentes, prestan relevantes tareas de asesoramiento y conformación de los actos jurídicos en que intervienen, todo lo cual se objetiviza o plasma en un documento público denominado instrumento notarial.*

³¹⁶ RÍOS HELLIG, Jorge. *Op.cit.* Pág. 129.

CAPÍTULO III

CONTROL DE LA LEGALIDAD Y FE PÚBLICA.

1. Fundamento Constitucional. España, México. La función notarial y la fe pública. Los corredores públicos.

EL PRIMER PROBLEMA que plantea el estudio del control de la legalidad de las relaciones de Derecho privado que realiza el Estado, a través de la actuación del notario, es el de determinar el fundamento constitucional de la función notarial.

La función notarial, como vimos en el capítulo pasado, es una institución de seguridad jurídica. Manifiesta García Sánchez³¹⁷ que lo que los mercaderes del siglo XII reclamaban entonces, como la sociedad moderna sigue demandando, es algo que ya consagran todas las constituciones: seguridad contractual. La española lo hace, -en su opinión-, en su artículo 9.3, que eleva la seguridad jurídica a principio constitucionalmente protegido; y que el Tribunal Constitucional, desde sus primeras resoluciones, define como suma de certeza y legalidad. Esta seguridad, en opinión de Campo Güerri³¹⁸ se descompone en un doble aspecto: de certeza en el Derecho objetivo, garantizada por los principios de legalidad, jerarquía, publicidad e irretroactividad, y de certeza en su aplicación, la cual comienza desde el instante mismo en que nacen las relaciones jurídicas.

De esta forma -dice-, el Estado ofrece la posibilidad de estar presente desde el momento mismo en que nacen las relaciones jurídicas reconociendo instrumentos que cumplan una doble finalidad esencial: “Por un lado, remover los obstáculos para el desarrollo pleno de la autonomía de la voluntad garantizando al individuo la posibilidad de tomar sus decisiones en libertad y con el total conocimiento de su

³¹⁷ “Notario de la Legalidad.” GARCÍA SÁNCHEZ, José Aristónico. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Julio-Agosto 2008. Número de Revista: 20.

³¹⁸ CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 523.

trascendencia, pues sólo de esta manera se pueden asumir por él con plena voluntariedad y conciencia; sólo así se puede estar cierto de lo que se hace. Y por otro, y al mismo tiempo, dichos instrumentos deben ofrecer la confianza de que lo que libremente se dispone se adecua a la ley y, por ende, va a ser reconocido por el sistema, garantizando la eficacia de las propias disposiciones y dando certeza del documento de las que otros realicen.”³¹⁹

Es por tanto en el artículo 9.3 de la Constitución española, donde, de acuerdo con la doctrina, se encuentra, en Derecho español, el fundamento constitucional de la institución notarial y, por ende, del control de la legalidad que realizan los notarios.³²⁰ Este artículo a la letra dispone:

Artículo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes políticos.

En cuanto al alcance de este precepto, manifiesta Liborio Hierro, que quedó definido por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 27/1981, de 20 de julio. Al respecto comenta: “Se planteó el Tribunal la tensión entre los Principios Constitucionales de igualdad y seguridad (en relación con una reforma del mutualismo administrativo contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 74/80, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981) y afirmó la necesidad de buscar un equilibrio para que el respeto de la seguridad no hiciese imposible *la función reformadora de la Administración pública*. Con ésta

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Juan Ignacio. *Óp. Cit.* Pág. 8.

CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 520. “Como señala Herrero y Rodríguez de Miñón, el principio de la seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución prima sobre el Derecho a la tutela efectiva reconocido en su artículo 24. El primero es un valor sustancial en sí mismo, mientras que el segundo es un instrumento cuya finalidad consiste en salvaguardar la seguridad cuando esta amenazada o restablecerla cuando se ha quebrado; pero que por sí sola es insuficiente para garantizarla a priori. El principio constitucional de seguridad jurídica exige, sin duda, un sistema judicial para la resolución de los conflictos sociales, pero también el desarrollo de los mecanismos adecuados para impedir o dificultar su nacimiento.”

ocasión abordó el alcance general de la seguridad jurídica del artículo 9.3 en los siguientes términos:

Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los que integran el artículo 9.3 de la Constitución- legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad- no son compartimentos estancos, sino que al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. En especial lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, y retroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad.”³²¹

La Constitución mexicana no tiene, como la española, un precepto constitucional amplio, que garantice, de manera general, la seguridad jurídica preventiva en las relaciones de Derecho privado. Sin embargo, todas las garantías establecidas en el artículo 9.3 de la Constitución española, se encuentran reconocidas, casuísticamente, en diversos preceptos constitucionales, que en conjunto, integran la que, tradicionalmente, se denomina, en la doctrina, *Garantía de seguridad jurídica* y que comprende los siguientes principios:

Principio de irretroactividad de las leyes (artículo 14.); principio de debido proceso o derecho de defensa (artículo 14); principio de exacta aplicación de la ley en materia penal (artículo 14); principio de legalidad (artículo 16); principio de seguridad jurídica en materia penal (artículos 18,19, y 20); principio de seguridad jurídica en materia fiscal (artículo 31) que otorga dos garantías de legalidad: a) que las contribuciones se fijen por leyes y b) que las contribuciones reúnan los requisitos de

³²¹ HIERRO, Liborio. *Óp. Cit.* Pág. 61.

proporcionalidad y equidad. Habría que agregar, aunque no esté incluido en el concepto de garantía de seguridad jurídica, el artículo 133 constitucional que establece el principio de supremacía de la Constitución.

No obstante, no es en ninguno de estos preceptos, en donde los autores fundamentan la fe pública notarial, (y con ella, implícitamente, la función notarial).

El notario, como veremos a lo largo de este capítulo, realiza el control de la legalidad de los actos de que conoce (que pasan ante su fe), gracias al atributo de la fe pública, que se manifiesta *en el acto de autorizar*, con su firma y su sello, un instrumento notarial. La fe pública es el elemento por virtud del cual el Estado, al delegarla en el notario, hace posible que éste realice el control de la legalidad. La fe pública es, por tanto, la nota característica fundamental del notario. *Sin fe pública no hay notario*. La fe pública es una atribución del Estado directamente relacionada con la seguridad jurídica. La búsqueda de la seguridad jurídica es, como hemos visto, lo que ha moldeado la función notarial. Por efecto de la fe pública el Estado imprime a los documentos revestidos de esta cualidad la seguridad de que son ciertos y auténticos, mientras no se declare judicialmente su nulidad.

La función notarial, como institución de seguridad jurídica preventiva, encuentra su fundamento constitucional, en la doctrina española, como hemos dicho, en las disposiciones que ordenan al Estado, en general, garantizar la seguridad jurídica. En Derecho mexicano, en virtud del carácter federal del Estado, Ríos Hellig encuentra en el artículo 121 de la Constitución, el fundamento de la fe pública notarial.

Sostiene Ríos Hellig, que el primer fundamento de la fe pública notarial “se encuentra en el artículo 121 de la Constitución.”³²² Este artículo, dice “es conocido como *cláusula de entera fe y crédito*, el cual obliga a que se tengan por ciertos determinados actos ante los estados y frente

³²² RÍOS HELLIG, Jorge. *Óp. cit.* Pág. 45.

a quienes no presenciaron su celebración; es decir, la fe se deposita originalmente en el Estado.”³²³

Este artículo ordena:

“En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio.

II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

IV. Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

V. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.

VI. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.”

Por mi parte considero que si bien el artículo 121 ordena el reconocimiento que debe darse, en todas las entidades federativas, a “los actos públicos, registros y procedimientos judiciales” realizados en cualesquiera de ellas, es insuficiente, no obstante, para fundamentar sus atribuciones legales para legislar en materia notarial y fe pública.

³²³ *Ídem.*

Este artículo fundamenta por qué, por ejemplo, es válido en el Estado de México un matrimonio celebrado en el Estado de Yucatán, pero no fundamenta con qué atribuciones el Registro Civil del Estado de Yucatán puede autorizar un matrimonio. Es decir, una cosa es el reconocimiento de validez de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales entre estados y otra, el fundamento constitucional de los estados para legislar sobre determinadas materias.

Nuestra Constitución establece en el artículo 40 que es voluntad del pueblo mexicano constituirse “en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de ésta Ley Fundamental”. Esto supone, que de acuerdo con nuestra organización política se deben distinguir tres estatutos diferentes: la Federación, el Distrito Federal y los Estados de la Unión. Siguiendo el modelo de los Estados Unidos de América, nuestra Constitución, en materia de federalismo, dispone en el artículo 124, que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados;” y en la fracción X, del artículo 73, se indica cuales son las facultades expresamente concedidas a la federación. De tal suerte se dispone que el Congreso tiene facultad para “legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123.” Consecuentemente, al no incluirse en el texto constitucional las materias civil, registral y notarial, se entienden reservadas a la exclusiva competencia de los estados.

Por lo que hace al Distrito Federal, la Constitución determina en el artículo 44 que la Ciudad de México es el Distrito Federal y que es la sede de los Poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos. Esta disposición se complementa con la contenida en el artículo 122 que fundamenta la organización jurídico-administrativa del

Distrito Federal. En el apartado C, base primera, fracción V, inciso h), de esta norma, se señalan las facultades de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia notarial. Estas facultades son, entre otras, las siguientes: “h) Legislar en las materias civil y penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y de comercio.” En tal virtud y dada la especial naturaleza del régimen de gobierno del Distrito Federal, es la propia Constitución General de la República la que faculta expresamente a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a legislar, entre otras materias, en notariado y Registro Público de la Propiedad y Comercio.

Por tanto, en mi opinión, el fundamento constitucional para legislar en materia notarial y, en consecuencia, para delegar la fe pública en los notarios, se encuentra, por lo que hace a las entidades federativas, en su propia soberanía en atención a lo dispuesto en los artículos 40, 73 y 124 de la Constitución, al no estar reservada esta materia a la federación, y para el caso del Distrito Federal en el artículo 122 de la Constitución General de la República.

En el caso particular del Estado de México su Constitución Política promulgada el 31 de octubre de 1917, en los artículos 217, 218, 219 y 220, consagró normas expresas relativas al notariado y al Registro Público de la Propiedad.

Establecían, en su texto original, estas disposiciones:

Artículo 217. En el Estado serán obligatorias las instituciones del Notariado y del Registro Público de la Propiedad.

Artículo 218. Las Leyes que se dicten sobre el Notariado se sujetarán a las bases siguientes:

I. Todos los contratos que se refieran a bienes raíces, cuyo valor no exceda de doscientos pesos, se celebrarán en acta privada.

II. Todos los testamentos que tengan por objeto bienes raíces, cuyo valor no exceda de un mil pesos, serán hechos en acta privada también;

III. Todas las actas privadas a que se refieren las fracciones anteriores, deberán extenderse en los ejemplares necesarios y uno más los que ratificarán los Interesados ante Agentes Notariales que se crearán al efecto, quienes formarán con los ejemplares excedentes, protocolos que conservarán en sus archivos;

IV. Habrá tantos Agentes Notariales cuantos a juicio del Ejecutivo del Estado sean necesarios para que por lo menos haya uno por cada Municipalidad.

Artículo 219. Las leyes que se expidan sobre el Registro Público de la Propiedad, prescribirán que haya por lo menos una oficina de Registro por cada Distrito judicial, y que se inscriban en dicho Registro todos los derechos de prescripción adquiridos por la sola posesión de veinte años.

Artículo 220. Los certificados que por veinte años expidan las oficinas de los Registros Públicos de la Propiedad, darán a los títulos notariales que abarquen ese tiempo, el carácter de firmes, de definitivos y de seguros contra los particulares y contra los Poderes Públicos, con arreglo a las leyes respectivas, salvo caso de falsedad.

Después de algunas reformas realizadas en los años de 1947 y 1954, finalmente, en el año de 1973, se les dio su última redacción que estuvo vigente hasta el año de 1995, cuando al hacerse una reforma integral a la Constitución quedaron derogadas. Decían estas disposiciones:

Artículo 217. En el Estado serán obligatorias las instituciones del Notariado y del Registro Público de la Propiedad.

Artículo 218. Las Leyes que se dicten sobre el Notariado se sujetarán a las bases siguientes:

- I. La Institución del Notariado se encargará de dar formalidad a los actos jurídicos que la requieran o soliciten las partes interesadas y de dar fe, a petición de parte, de los hechos y actos que le conste; debiendo los

notarios orientar e instruir a quienes soliciten sus servicios, respecto de los actos propios de sus funciones;

II.La supervisión de la función notarial estará a cargo del Ejecutivo a través de la Dependencia correspondiente, quien podrá imponer a los notarios las sanciones administrativas que la Ley autorice;

III.En el Estado habrá tantas notarías como requiere el interés público y por lo menos una en cada cabecera de Distrito Judicial;

IV.El nombramiento de notario sólo se otorgará a Ciudadanos del Estado que estén legalmente autorizados para ejercer como profesionales del Derecho, cuya honorabilidad sea conocida y que llenen los demás requisitos que marque la Ley.

Artículo 219. Las leyes que se expidan sobre Registro Público de la Propiedad, prescribirán que haya por lo menos una oficina de Registro por cada Distrito judicial.

Artículo 220. Los certificados que por veinte años expidan las oficinas de los Registros Públicos de la Propiedad, darán a los títulos notariales que abarquen ese tiempo, el carácter de firmes, de definitivos y de seguros contra los particulares y contra los Poderes Públicos, con arreglo a las leyes respectivas, salvo caso de falsedad.

El notario del Estado de México, Gabriel M. Ezeta Moll, en un estudio no publicado, pero cuyo texto me proporcionó, analiza la génesis y vicisitudes de estos preceptos y finalmente concluye sosteniendo que es momento propicio para considerar la restauración, en el texto constitucional, de las instituciones de seguridad jurídica (Notariado y Registro Público de la Propiedad), suprimiendo cuestiones reglamentarias que, obviamente deben dejarse a las leyes y reglamentos. El estudio de referencia expresa:

“Es de destacarse que sin duda la condición de única que tiene la Constitución Política del Estado de México al incluir al notariado y al registro público dentro del texto constitucional se debe, sin asomo de duda alguna, al autor del proyecto de nuestro texto constitucional que fue el eminente pensador analista de la realidad nacional, luchador social y

político don Andrés Molina Enríquez, quien a la sazón era el Secretario General de Gobierno y que además de la autoría del proyecto constitucional local, intervino también en la redacción del proyecto del artículo 27 de la Constitución Federal,[...] El Capítulo Tercero del Título Cuarto del texto de nuestra constitución original comprendía los artículos 217 al 220. Su trayectoria constitucional nos indica que fue objeto de modificaciones en los años de 1947, 1954 y 1973, [...], todas ellas para irse ajustando a la cambiante realidad de esos tiempos. Había ya cubierto ese requisito de [...] dar tiempo a las instituciones a que echen raíces profundas en la sociedad [...] que el tiempo las consagre, las radique y les de toda la solidez y respetabilidad [...] Es evidente que la vigencia de más de seis décadas lo logró. Respondió a la necesidad de ser una fuerza para lo que sobre su texto se fundaba fuera así y no de otro modo. [...]

En el texto de la iniciativa presentada el 3 de enero de 1995 por el gobernador del estado a la 52 legislatura del estado, la única referencia que se hace a la supresión del capítulo que comentamos es la siguiente “se derogan los artículos 217, 218, 219 y 220 que se refieren al notariado y al registro público de la propiedad, por no ser materia de la constitución y porque han sido regulados en diversos ordenamientos que tratan con amplitud estas instituciones de servicio público.

Si se aprecia el contenido de este párrafo queda bien claro que el examen que realizó el equipo de estudio del ejecutivo comparando los textos de las diversas constituciones de las entidades federativas derivó que el notariado y el registro público, por no aparecer mencionadas, no son materia de la constitución. Estimo que ello implica que apriorísticamente se sobrevaloró el hecho negativo. Es decir concluir que la regulación de las instituciones de seguridad jurídica no son materia de la constitución y asumir también que se encuentran regulados en diversos ordenamientos que las tratan con mayor o menor amplitud. No se profundizó ni en el nuevo marco jurídico de la propiedad que se establecía para el país en el texto de Artículo 27 de la Constitución Federal, ni se abundó en el por qué de su inclusión, lo cual está históricamente registrado.

En esta circunstancia, al establecerse metodológicamente, y en forma por demás restrictiva, el comparativo con el resto de las Constituciones locales, como elemento único de análisis, se hizo a un lado la posibilidad

de valorizar en toda su profundidad la muy valiosa innovación constitucional que presentaba el Estado de México al Constitucionalizar a dos instituciones de profundísima raigambre en el sistema operativo de los negocios, para darles la categorización de seguridad jurídica en el marco constitucional, que el propio proceso posrevolucionario habría de demandar y lo que tampoco deja de resultar importante, la aportación del pensamiento de Andrés Molina Enríquez que visualizaba con la profundidad del estudioso de la historia y de la sociedad, que ya tenía acreditada con sus precursoras obras, la posibilidad de mejorar, como jurista, la estructura política del Estado, que también sabía pulsar con tacto sensible como político en ejercicio. Lamentablemente no se profundizó en el análisis y tampoco se aportaron luces que pudieran fundamentar el por qué no podía o no debía ser materia constitucional el dar una estructura jurídica en su texto a las instituciones encargadas de proporcionar y salvaguardar la seguridad jurídica a la sociedad a través de dar firmeza a las transacciones inmobiliarias y negocios civiles mediante la fe pública que emana del propio Estado a través del Notariado y la oponibilidad frente a terceros que resulta del sistema público registral.”

Este estudio nos plantea una cuestión que es necesario analizar. ¿De acuerdo con nuestro sistema constitucional es necesario que en la Constitución local se fundamenten las instituciones del notariado y del Registro Público de la Propiedad?

La Constitución del Estado de México, en su texto vigente, contiene entre otras, las siguientes disposiciones:

Artículo 4. La soberanía estatal reside esencial y originariamente en el pueblo del Estado de México, quien la ejerce en su territorio por medio de los poderes del Estado y de los ayuntamientos, en los términos de la Constitución Federal y con arreglo a esta Constitución.

Artículo 61. Son facultades y obligaciones de la Legislatura:

I. Expedir leyes, decretos o acuerdos para el régimen interior del Estado, en todos los ramos de la administración del gobierno;

IV. Cumplir con las obligaciones de carácter legislativo que le fueren impuestas por las leyes de la Unión, expidiendo al efecto las leyes locales necesarias.

XLIII. Las demás que la Constitución General de la República, la presente Constitución, las leyes federales o las del Estado le atribuyan.

Artículo 77. Son facultades y obligaciones del Gobernador del Estado:

I. Cumplir y hacer cumplir la Constitución Federal, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales;

II. Cuidar el cumplimiento de la presente Constitución y de las leyes, reglamentos, acuerdos y demás disposiciones que de ella emanen, expidiendo al efecto las órdenes correspondientes;

XXVIII. Conducir y administrar los ramos de la administración pública del gobierno del Estado, dictando y poniendo en ejecución las políticas correspondientes mediante las acciones públicas y los procedimientos necesarios para este fin;

XXXVII. *Otorgar el nombramiento de notario con arreglo a la ley de la materia;*

Artículo 143. Las autoridades del Estado sólo tienen las facultades que expresamente les confieren las leyes y otros ordenamientos jurídicos.

De una interpretación armónica de nuestro sistema podemos concluir lo siguiente:

1. México es una República Federal compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación.

2. Las facultades no concedidas expresamente a la Federación, se entienden reservadas a los Estados.

3. Las materias civil, notarial y registral no están concedidas a la Federación, por lo que corresponden a la soberanía de los Estados.

4.La Constitución del Estado de México faculta a la Legislatura a expedir leyes “para el régimen interior del Estado, en todos los ramos de la administración del Gobierno.”

5.Las materias notarial y registral corresponden al régimen interior del Estado.

6.En consecuencia, la Legislatura local está facultada para expedir leyes en materia notarial y registral, sin necesidad, en principio, de disposición expresa de la Constitución local.

No obstante lo anterior, por ser las instituciones del notariado y del Registro Público de la Propiedad fundamentales para la seguridad jurídica preventiva o cautelar, y siguiendo con la tradición constitucional del Estado de México, debieran estar, ambas instituciones, expresamente consideradas en la Constitución del Estado, como lo están, por ejemplo, los órganos electorales, el de Derechos humanos y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Debe destacarse el hecho de que la Constitución General de la República previene, en el artículo 121, como hemos visto, que los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación y, por tanto, corresponde a los Estados fijar en su respectiva Constitución las bases constitucionales del régimen de los bienes inmuebles que se ubiquen dentro de su territorio. Ello en atención a que las instituciones del notariado y del Registro Público, en su misión de dar seguridad jurídica a las relaciones *jusprivatistas*, afectan los ámbitos de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, que son derechos fundamentales reconocidos en nuestro sistema.

En conclusión, en el Estado de México el fundamento legal de la función notarial y de la fe pública notarial, como su elemento esencial, se encuentra en la Ley del Notariado del Estado de México, expedida con fundamento en lo dispuesto en el artículo 61, fracción I, y 77, fracción V, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de

México,³²⁴ sin que obste para que en un ámbito superior se den las bases constitucionales que definan las funciones notarial y registral, respecto de los bienes inmuebles que se encuentran dentro del territorio del Estado.

La fe pública como atribución del Estado que le da autenticidad a los actos y documentos públicos, la puede ejercer directamente el Estado mediante servidores públicos dotados de ella; como, por ejemplo, en los casos de fe pública judicial, registral, consular y otros, o bien puede delegarla en particulares, como los notarios y los corredores públicos exclusivamente en materia mercantil, por lo que, en consecuencia, se habla de diferentes clases de fe pública, aunque en realidad la fe pública es una sola.

Para los efectos de la función notarial, dado el sistema federal que rige en nuestro país, y que la materia mercantil es de naturaleza federal, resulta de la mayor importancia distinguir el alcance de la fe pública notarial respecto de la fe pública de que están investidos los corredores públicos en materia mercantil, y que se encuentra regulada por la Ley Federal de Correduría Pública.

De acuerdo con el notario Pérez Almaraz

“En plena euforia por la próxima entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio entre Canadá, los Estados Unidos de América y nuestro país, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Correduría Pública y aunque en la motivación de la nueva ley no se dice de manera clara, la intención era fortalecer nuestra economía para responder a los retos del TLC, ello en el marco de la globalización de la economía mundial, cuyos beneficios para los países del tercer mundo han sido muy dudosos.

Se hablaba entonces del cúmulo de operaciones comerciales que vendrían, la creación de nuevas compañías y la admisión de importantes y numerosos inversionistas extranjeros en México, que hacían necesaria

³²⁴ Artículo 61, fracción I: Son facultades y obligaciones de la legislatura: 1.- Expedir leyes, decretos o acuerdos para el régimen interior del Estado, en todos los ramos de la administración del gobierno. Artículo 77 fracción V: Son facultades y obligaciones del gobernador del Estado: 5.- Presentar ante la Legislatura del Estado iniciativas de ley o decreto.

la modernización del marco jurídico en este ámbito para hacerlo ágil, barato y eficiente.”³²⁵

A partir de la entrada en vigor de la ley, diversas interpretaciones y resoluciones administrativas, y la misma actuación de los corredores públicos generaron confusión respecto del alcance de la fe pública mercantil, dándose una invasión de la esfera de acción de los notarios, en materia de inmuebles, poderes y cotejos.

Lo anterior suscitó el pronunciamiento de diferentes jurisprudencias de nuestro más alto Tribunal, las cuales, a su vez, motivaron la reforma a la Ley Federal de Correduría Pública.

De acuerdo con la reforma, queda definida la competencia de los corredores, en los términos que se exponen en la edición especial de la revista *Escribano* del año 2006, publicada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C:

a) En materia de representación les permite intervenir en actos en los que se haga constar la representación orgánica, pero no en el otorgamiento de poderes.

b) En materia de cotejos les permite cotejar y certificar solamente copias de las pólizas o actas que hayan sido otorgadas ante ellos, así como de los documentos mercantiles que hayan tenido a la vista y siempre que se encuentren en la contabilidad o correspondencia de la empresa.

c) En materia de créditos de habilitación, de avío o refaccionarios, elimina la facultad de los corredores para actuar en la constitución de garantías sobre inmuebles.

Finalmente, la reforma a la Ley de Correduría no deja ya lugar a duda alguna y con claridad meridiana *prohíbe en forma expresa a los corredores públicos, bajo advertencia de graves sanciones, que en su función fedataria:*

I. Actúen fuera de los casos autorizados por la ley y su reglamento;

II. Actúen en actos jurídicos no mercantiles;

III. Actúen en tratándose de inmuebles;

³²⁵ “La Función Notarial y La Correduría.” Colegio de Notarios del Distrito Federal. Pág.93.

IV. *Actúen dando fe de hechos que no se consideren de naturaleza mercantil.*

La reforma reitera también que la prohibición para la actuación fedataria de los corredores, mencionada en los cuatro casos anteriores, es extensiva:

- a) *Aún cuando se modifique o altere la denominación de los actos jurídicos;*
- b) *Aún cuando se trate de actos jurídicos, convenios o contratos innominados;*
- c) *Aún cuando intervengan sujetos que por su actividad sean calificados de comerciantes;*
- d) *Aún cuando se refieran a cosas mercantiles;*
- e) *Aún cuando se denomine un acto como mercantil, cuando el acto real tenga otra naturaleza.”*

Las disposiciones relativas a las atribuciones de los corredores públicos, como fedatarios públicos en materia mercantil, están contenidas en las fracciones V, VI y VII de la Ley.

V. Actuar como fedatario público para hacer constar los contratos, convenios y actos jurídicos *de naturaleza mercantil*, excepto en tratándose de inmuebles; así como en la emisión de obligaciones y otros títulos valor; en hipotecas sobre buques, navíos y aeronaves que se celebren ante él, así como para hacer constar los hechos de naturaleza mercantil;

VI. Actuar como fedatarios en la constitución y en los demás actos previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles, incluso aquellos en los que se haga constar la representación orgánica.

VII. Cotejar y certificar las copias de las pólizas o actas que hayan sido otorgadas ante ellos, así como de los documentos que hayan tenido a la vista que sean de los referidos en los artículos 33 a 50 del Código de Comercio.

2. Control notarial de la legalidad. La cuestión en España. Control notarial, control registral y control jurisdiccional.

Establecida la constitucionalidad de la función notarial procede ahora plantearnos si el notario está facultado para ejercer un control de la legalidad, de las relaciones de Derecho privado.

Recientemente, en España, se ha desatado una polémica con motivo de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de fechas 20 de mayo, 7 de julio y 14 de octubre de 2008, en torno a lo que algunos consideran la pretendida intensión de los notarios de realizar el control de la legalidad de los actos en que intervienen.

La historia es la siguiente: por Real Decreto 45/2007 de 19 de enero, se modificó el Reglamento Notarial y se estableció, en el artículo 145, que los notarios ejercerían un control de legalidad de los actos y negocios que autorizan y escrituran. Este precepto quedó en los siguientes términos:

<<La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documento, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello.

Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo debería excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:

1. La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.

2. Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3. La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documental fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme al artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes:

a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar.

b) Que todos los comparecientes lo soliciten.

4. En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

5. El acto o contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia.

6. Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.

Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenirlo tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquélla a quien las leyes atribuyen la representación de la misma.

En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el notario procederá al otorgamiento en los términos indicados por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad.

La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad. >>

Contra esta disposición, el Colegio de Registradores de España interpuso recurso ante el Tribunal Supremo, el cual resolvió por sentencia de 20 de mayo de 2008, anular la modificación al artículo 145 del RN y todos los demás preceptos introducidos en la Reforma, relativos al control notarial de la legalidad, argumentándose, fundamentalmente, la falta de sustento legal necesario para una disposición de esta naturaleza en un Reglamento. En la sentencia se estableció que la expresión *control de la legalidad*, “no se utiliza en la Ley del Notariado, omisión que no resulta irrelevante, en cuanto con el término control, el Reglamento viene a referir una decisión notarial sobre la legalidad del acto o negocio jurídico, con los correspondientes efectos para la solicitud formulada por los interesados, facultad que por propia naturaleza y en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley.”

La reacción contra ésta resolución no se hizo esperar por parte del colectivo notarial, publicándose diversos artículos, que defienden y justifican el control de la legalidad que, de antaño, realiza el notario. Los principales argumentos son los siguientes:³²⁶

La decisión del TS de declarar nulos todos los preceptos del RN reformado que hacen alguna referencia a un control genérico de legalidad por parte del notario, se basa en la idea de una insuficiencia de rango del RN para limitar con ese control notarial la libertad negocial de los particulares. De esta afirmación se deriva la consecuencia de que ante un negocio que el notario estime que vulnera el ordenamiento jurídico lo más que puede hacer es formular una advertencia, pero no negar su autorización, salvo autorización expresa de la ley. Ante esto se objeta:

En primer lugar que no es verdad que en la legalidad vigente no exista apoyo legal para un genérico control de legalidad a cargo de los notarios. Para empezar, la Ley del Notariado se abre con un artículo 1 que dice que “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Respecto de este precepto se destaca “que no dice conforme a esta ley y su reglamento”, sino que la conformidad se refiere a *las leyes* en general.

Se sostiene asimismo que el mucho más reciente art. 17 bis de la misma LN, que procede de la Ley 24/2001, establece de forma expresa el siguiente requisito para los documentos públicos en formato electrónico: el notario debe dar fe de que, entre otras cosas, el otorgamiento se adecua a la legalidad. Entender aquí “legalidad” - como hace el TS- como una referencia sólo a la específica reglamentación notarial que regula la ceremonia del “otorgamiento” como acto, es –se argumenta- una clara e interesada distorsión del sentido más evidente de la norma.

³²⁶ “¿Es ilegal el control notarial de la legalidad?”.Revista El Notario del Siglo XXI, Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Número de revista: 20.

Cuando la posterior Ley 36/2006 de prevención del fraude fiscal modifica el art. 24 LN para decir ahora que “los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga (sic), por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”, evidentemente no se refiere –se continua argumentando- a colaborar tan solo a posteriori con la administración fiscal o de prevención del blanqueo en una persecución del delito ya cometido, sino en un compromiso más activo del notario en la propia tarea preventiva, en no permitir que se utilice la forma documental pública para maniobras torticeras o fraudulentas.

Y si todo esto no es bastante, -sostiene el Colectivo Notarial- tenemos que el art. 43, dos de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que establece el régimen disciplinario de los notarios –es decir, una norma de indiscutible rango legal-, califica como infracción disciplinaria muy grave la autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes –también en plural- o sus reglamentos, ..., siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración [...]. Y a la vista de semejante norma, ¿cómo va a ser sancionado un notario por algo a lo que, según el TS, no se puede negar?

En segundo lugar, se señala que la decisión del TS implica una confusión entre lo que es la eficacia legitimadora más o menos fuerte y blindada que pueda tener o no una escritura pública o póliza intervenida y el hecho de que el notario controle o no la legalidad de los documentos que autoriza o interviene. Que el notario verifique el ajuste a derecho del negocio que documenta no quiere decir que su juicio al respecto sea inatacable ni, por supuesto, en el plano judicial, ni tampoco en el plano extrajudicial, en particular –por lo menos en la legalidad vigente y salvo el tema de la suficiencia de los poderes- en el ámbito registral. Que un notario considere ajustado a derecho un determinado negocio –y por eso lo autoriza o interviene- nada obsta a

que un registrador en ejercicio de su potestad calificadora pueda disentir de ese juicio y, no sintiéndose vinculado por el mismo, rechazar el acceso al Registro de ese título. Como tampoco la existencia de esa potestad notarial de control implica que la misma se pueda ejercer de forma discrecional, arbitraria y, a su vez, sin control. En cuanto que la negativa notarial a una autorización cierra de momento el acceso a un determinado servicio público, a la documentación pública de un negocio con todo lo que ello supone, es evidente, que la correspondiente decisión notarial ha de ser fundamentada y ha de ser susceptible de recurso, primero ante su superioridad orgánica y, en último término y por supuesto, ante la instancia judicial.

Pero, y aquí está el argumento clave contra la posición registral y la decisión del TS, para defender la eficacia limitada del juicio de legalidad del notario, no hay que llegar al extremo de la negación radical de la posibilidad de ese juicio, que es lo que pretende el Colegio de Registradores y en cierto modo avala el TS. Porque si, por el hecho de que el juicio de legalidad del notario no sea inatacable, se ha de llegar a la conclusión de que el notario no tiene competencia alguna para realizar ese juicio –por lo menos en cuanto factor determinante de su propia actuación como autorizante del documento-, y por tanto –conclusión clave y gravísima que se desprende de la sentencia comentada-, el notario no puede negarse a autorizar un negocio aunque estime que, a su juicio, es claramente nulo o contraviene el ordenamiento jurídico, sería tanto como decir que el notario, en su actuación como funcionario, no está sujeto a la ley.

La función pública que el notario tiene encomendada es autorizar documentos públicos negociales. En esa función que le es propia, como sucede con cualquier otra función pública encomendada a un funcionario, el notario está sujeto a la ley. Y para ello no hace falta que lo diga ninguna norma legal expresa. Ya lo dice la Constitución. Toda la Administración pública está sujeta en toda su actuación al principio de legalidad. Ningún funcionario público puede prestar su ministerio

para intervenir de alguna manera como tal funcionario en un acto que infrinja el ordenamiento jurídico.

Según el TS, -opina el Colectivo Notarial- un notario sólo puede negar su intervención en un negocio si una norma legal expresa y concreta le autoriza a negar su intervención ante la infracción de una determinada norma o la falta de un determinado requisito. En otro caso, la negativa del notario supondría una vulneración de la libertad negocial de los ciudadanos sin apoyo legal. [...].

"Esta decisión judicial supone un retroceso de siglos en el entendimiento de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, condenando a los notarios al papel de unos testigos silentes, ciegos al significado jurídico de aquello que están presenciando y acontece bajo su fe"

Como todo esto evidentemente es absurdo, -concluyen los notarios- la decisión del TS también es evidentemente absurda, una extraña y extemporánea reedición del clásico *pas de nullité sans texte*, reconvertido en ninguna negativa de autorización notarial sin texto expreso. Así, resulta que, por defender el principio de reserva de ley en la limitación de la libertad negocial de los ciudadanos, lo que termina haciendo el TS es destruir el mismo principio de legalidad, la sujeción de todos los ciudadanos y muy en particular de la Administración y todos los funcionarios públicos –también los retribuidos mediante arancel- al ordenamiento jurídico.

Por eso -sostienen los notarios- esta decisión judicial supone un retroceso de siglos en el entendimiento del sistema de seguridad jurídica preventiva, condenando a los notarios al papel de unos testigos silentes, ciegos al significado jurídico de aquello que están presenciando y acontece bajo su fe. Lo que no puede ser más contrario al signo de los tiempos, a una conciencia social, que se plasma por doquier en las leyes, cada vez más exigente respecto a la necesidad de que el notario se sienta preocupado por la regularidad

material o de fondo de los negocios en los que interviene, y no sólo respecto de lo que pueda ser el cumplimiento de aquellos requisitos que se consideran determinantes de la validez civil del negocio, sino de todos aquellos requisitos administrativos cada vez más prolijos que son propios de una concepción del tráfico económico como una actividad en la que se ponen en juego no sólo los intereses particulares de las partes sino muy variados intereses de tipo general.

En otro artículo, García Sánchez manifiesta que tanto los mercaderes del siglo XII, como los ciudadanos actuales, concibieron a los notarios para que solo autorizaran contratos ajustados a la ley, y que también ese es el interés del Estado, que no puede delegar una potestad como la fe pública para proteger cualesquiera contratos sino solo los que se ajustan a las leyes. Afirma que se apela al notario porque es una garantía de legalidad y que “a nadie le interesa un notario/fonógrafo”.

Que el control de la legalidad de los notarios no es un control paralelo al que realizan los registradores ni mucho menos innecesario frente a este. “Porque hasta la lógica y el sentido común exigen que los contratos queden conformados a la ley desde que nacen. Es en el momento de su perfección, cuando se intercambian las prestaciones, cuando los contratantes se desprenden casi siempre de forma irreversible de su dinero o de lo que enajenan, es entonces cuando deben concentrarse todos los resortes de seguridad. Es en ese momento decisivo cuando las partes necesitan protección, y es en ese momento cuando el Derecho está obligado a prestar a cada parte garantía plena en la contrapartida. Porque solo se genera lo que se busca, seguridad contractual.”

Y en un párrafo preciso, agrega:

“Los ciudadanos consideran al documento notarial como el título de mejor crédito de los que el Derecho genera. Los trascendentes efectos sustantivos, ejecutivos y probatorios que la ley, y lo que es más importante la credibilidad que la sociedad atribuye a este documento,

no podrían entenderse si la escritura notarial no gozase de presunción de autenticidad y certeza legal, porque es su génesis privilegiada -por el asesoramiento previo y su ajuste a las leyes- la razón y causa de aquellos efectos. Permitir que estos títulos de efectos contundentes circularan sin previo control de su legalidad, pudiendo contener convenios nulos o fraudulentos encubiertos por una apariencia notarial impune, y que para contrastar la legalidad y por tanto la eficacia de cada título hubiera que acudir a un registro si es registrable o a un proceso (?) si no lo es, sería una irresponsabilidad política gravísima, y delataría una concepción jurídico-social con petición de principio. Convertiría el Estado en aquella república que denunció el tribuno Favart en la Asamblea francesa: una república caótica en que cada título notarial sería una trampa tendida a la buena fe de las partes, o mejor una trampa tendida por una de las partes a la buena fe de la otra. Una república sin fiabilidad ni certeza legal, en la que la autenticidad produciría más perjuicios que beneficios, y en la que la fe pública estaría articulada en forma gravemente dañina para el interés público y la paz social.”³²⁷

En el plano legislativo, Campo Güerri³²⁸ refiere los preceptos legales que reconocen el control de la legalidad de los notarios: así, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que en el artículo 43. Dos regula el régimen disciplinario de los notarios establece, como infracción grave, “las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los notarios”; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que añade un nuevo artículo 17 bis a la Ley del Notariado, que no solo reconoce el control de la legalidad sino también las presunciones de veracidad e integridad del documento, y esta misma ley en el artículo 98, modificado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, reconoce el juicio notarial de suficiencia en cuanto a la acreditación de las facultades de representación de quien comparece

³²⁷ “Notario de la Legalidad.” GARCÍA SÁNCHEZ, José Aristónico. Revista El Notario del Siglo XXI, Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Número de revista:

³²⁸ CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 570.

ante notario; la Ley 36/2006 de 29 de noviembre que da una nueva redacción al artículo 24 de la Ley del Notariado declarando que “los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.” Y, finalmente, la Ley 2/2009, de 31 de marzo la cual en su artículo 18.1 ordena: “En su condición de funcionarios públicos y derivado de su *deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan*, los notarios denegaran la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.” En forma implícita esta disposición, como vemos, reconoce que la actuación del notario tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica, ordenando que los notarios denieguen su autorización cuando no se cumplan los requisitos de legalidad de los actos y negocios en que intervienen.

El mismo Campo Güerri explica que en el control de la legalidad del notario se pueden distinguir dos aspectos. Uno negativo y el otro positivo. Por lo que se refiere al primero, el control de la legalidad puede entenderse como un “control-rechazo o control-denegación”, cuando el notario constata, de manera directa, que el acto o contrato es contrario a la ley o cuando se pretende prescindir de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos. El aspecto positivo, en opinión de Rodríguez Adrados, citado por Campo Güerri, es primordial porque “la misión legal del notario no es pues la negativa de controlar o calificar, aunque subsidiariamente tenga que hacerlo, sino la positiva de guiar a los particulares por los caminos del Derecho y de lograr al mismo tiempo la aplicación de las normas jurídicas”³²⁹

Haciendo un balance de ambos aspectos del control, refiere Rodríguez Adrados que gracias a la dimensión profesional del notario su control de

³²⁹ *Ibidem.*

legalidad está dotado de mayor profundidad porque “penetra en el fondo mismo del negocio y permite al notario detectar defectos que a un documentador de otro tipo le hubieran pasado inadvertidos: incapacidades no patentes a primera vista; errores de hecho y de derecho; coacciones encubiertas; fraudes de ley; e incluso muchas veces reservas mentales o simulaciones, absolutas o relativas. Pero más trascendente que este aspecto cuantitativo es el cualitativo... (porque) logra superar el carácter negativo de todo control para colaborar, positivamente, en el hallazgo del medio jurídico más adecuado, incluso mediante la creación del mismo dentro de la ley.”³³⁰ Finalmente concluye diciendo que en los aspectos sustanciales del negocio a documentar, la función privada del notario supera con frecuencia el carácter negativo que tiene todo control “y deja de ser crítica para devenir creadora”; en efecto, antes que denegar su actuación y conforme a los artículos 1 y 147 del Reglamento, el notario <<fecho el talle de las leyes>> que decía Monterroso, tiene que investigar cual es el verdadero propósito práctico querido por requirentes, y proponerles en su caso, las fórmulas jurídicas que dentro de la ley permiten alcanzarle, en todo o en parte, con supresiones o adiciones, buscando a otros caminos, e incluso ofreciendo la redacción de un negocio atípico, pues estamos en el campo de la autonomía de la voluntad. La denegación de funciones, en aplicación del control de legalidad, queda así relegada a recurso final para un notario que ha fracasado en su labor de consejo jurídico.”³³¹

Como puede verse, en España, en el fondo de esta polémica, se encuentra una disputa entre notarios y registradores, respecto de a quien corresponde ejercer el control de la legalidad en las relaciones de Derecho privado. Joan Carles Ollé, notario de Barcelona, ha escrito que desde las respectivas instancias corporativas “debe explicarse muy claramente a la sociedad y a los actores políticos que las funciones notarial y registral no se solapan sino que se complementan. La

³³⁰ CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 573.

³³¹ “El principio de Legalidad”. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista El Notario del siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Septiembre-Octubre 2007. Número de Revista: 15.

actuación sucesiva de notarios y registradores no constituye duplicidad o yuxtaposición y, por tanto, encarecimiento, sino que se trata de un recorrido único compartido por dos operadores jurídicos diferentes, con ámbitos competenciales distintos, sucesivos y complementarios, cuyas disfunciones, si se produjesen, deben ventilarse mediante un sistema de recursos ágil y, en la medida de lo posible, con criterios uniformes”.³³²

El Registro realiza el control de la legalidad a través de la *calificación registral* del título inscribible, lo que en la doctrina se conoce como *principio de legalidad registral* y que, en esencia, tiene por objeto verificar la legitimidad del título, mediante la comprobación de la competencia del notario autorizante, del cumplimiento de los requisitos reglamentarios o formales para la debida formulación de la escritura y de las garantías de autenticidad del título inscribible, ello, en virtud de los importantes efectos que resultan de la inscripción.

Como dice Martínez–Gil Vich “la calificación es un control necesario, útil que contribuye a mejorar el sistema pero siempre que no se caiga en un exceso de vigor en los formalismos, exigencia de documentación innecesaria o en discutir la naturaleza de la función notarial. El control de la legalidad sobre el negocio jurídico documentado lo realiza el notario mientras que el control de legalidad del registrador derivado de la calificación se refiere a permitir o no su acceso al registro, analizando lo que resulta del título y del último asiento vigente del registro. El control de la legalidad notarial está basado en la inmediatez de su actuación y sobretodo en la prestación del consentimiento.”³³³

Por mi parte considero que el problema teórico, al margen de los intereses que pueda concitar el tema, está en determinar qué debemos entender por control de la legalidad. Control, de acuerdo con una primera acepción, según el Diccionario de la R.A.E, significa

³³² “Reforma del Sistema de seguridad jurídica preventiva.” OLLÉ, Joan Carles. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Septiembre-Octubre 2008. Número de Revista 21.

³³³ “Contenido y límites de la calificación registral.” MARTÍNEZ-GIL VICH, José Luis. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Julio-Agosto 2007. Número de Revista: 14.

comprobación, inspección, fiscalización, intervención. Legalidad, por su parte, significa cualidad de legal, de donde control de la legalidad significa comprobar la cualidad de legal. Entonces, el control de la legalidad notarial consistiría en comprobar que el documento que autoriza al notario es *conforme a la ley*.

En orden a la celebración de actos jurídicos entre particulares se pueden distinguir tres tipos de control: el control notarial, el control registral y el control judicial. Indudablemente que el control de la legalidad que realiza el juez y el que, por su parte, lleva a cabo el Registro, son distintos del que realiza el notario; tienen en verdad efectos distintos, pero esto no autoriza a desconocer el control de la legalidad de parte del notario. Por supuesto que hay grados en el control de la legalidad. O dicho en otras palabras, el control, según el órgano que lo realice, produce diferentes efectos, pero en todos los casos estamos ante una forma de control.

El primer control, en orden cronológico, es el que realiza el notario. Este control es concomitante a la celebración del acto jurídico, y en esto radica su mayor relevancia, pues es, al momento de perfeccionarse el contrato, cuando se asumen los derechos y obligaciones entre las partes, cuando se necesita que haya un control de la legalidad. Es un control de carácter preventivo y presuntivo, susceptible de ser revisado o revocado. Sin embargo, es un control muy importante. Genera un documento público con presunción de autenticidad y de legalidad. Un documento con valor probatorio pleno, en juicio y fuera de él, y que despliega, a partir de la *autorización* del notario, todos sus efectos jurídicos entre las partes. Ese documento es, además, la vía de acceso al Registro Público de la Propiedad o del Comercio, según el caso, con lo cual, el mismo documento, ya inscrito, es oponible contra terceros. *El control de la legalidad del notario tiene por objeto generar el negocio perfecto en el documento perfecto.*

El segundo control lo realiza el Registrador. El Registro realiza el control de la legalidad a través de la *calificación registral* del título

inscribible, lo que en la doctrina se conoce como *principio de legalidad registral* y que, en esencia, tiene por objeto verificar la legitimidad del título, mediante la comprobación de la competencia del notario autorizante, del cumplimiento de los requisitos reglamentarios o formales para la debida formulación de la escritura y de las garantías de autenticidad del título inscribible, ello, en virtud de los importantes efectos que resultan de la inscripción.

El Registro tiene como finalidad la publicidad de los derechos registrados para que sean oponibles a terceros, y, por supuesto, que tiene que cuidar que el contenido de lo registrado sea conforme a derecho, para evitar que ingresen al Registro títulos imperfectos o viciados. Este segundo control abarca un universo de actos mucho menor que el que comprende la actuación notarial. Hay muchos actos notariales como testamentos, poderes, reconocimiento de documentos o de firma que no llegan al Registro. Sin embargo es muy importante, pues a quien tiene un derecho inscrito en el Registro no se le puede oponer otro derecho que no esté registrado o que no hubiere sido posible conocer por los datos del mismo Registro.

El tercer control, de carácter excepcional, es el que realiza el juez. Es el único con autoridad de cosa juzgada, pero se produce solo eventualmente, a petición de parte, cuando se controvierte la validez de algún título o su inscripción en el Registro. El control judicial lo realiza el juez a través de la sentencia, que tiene autoridad de cosa juzgada y que de manera definitiva confirma, modifica o anula el documento o derecho cuestionado.

El que el control del notario tenga un valor y alcance distinto a los controles que ejercen el registrador y juez, no significa que no sea control. Desde luego que hay una gran distancia entre *presunción de legalidad* (documento notarial), *eficacia erga omnes* (derecho inscrito en el Registro) y *autoridad de cosa juzgada* (sentencia). Pero debe tenerse en cuenta la distinta finalidad a la que sirven. El control notarial es el control de la normalidad preventiva entre las partes, que se produce

cuando se perfecciona el contrato; el control registral amplía los efectos del negocio haciéndolo oponible contra terceros no registrales; y el control del juez es el control de la excepcionalidad. Cuando se rompe la normalidad y se llega al caso de controvertir un derecho, se aplica el control confirmador o reparador del juez. El primero atiende el universo más amplio; el segundo solo a los actos que por su naturaleza, para que surtan efectos contra terceros, deben ser registrados y el tercero, es de carácter excepcional, pero está dotado de una fuerza ejecutiva o autoridad de cosa juzgada, absoluta.

Autorizar, calificar y juzgar son tres cosas distintas, pero todas inciden en la legalidad del acto sobre el que recaen. La autorización notarial genera un documento público con presunción de legalidad y autenticidad, el registro, previa la calificación registral, le da efectos *erga omnes* y la sentencia judicial, en su caso, le da definitividad.

En conclusión sostenemos que existen tres tipos de control de la legalidad en una relación de Derecho privado:

El control de la legalidad que realiza el notario es concomitante con el perfeccionamiento del acto jurídico o su formalización, es presuntivo, es fundamentalmente comprobatorio, sin que deje de ser, complementariamente valorativo (por eso al acto de control notarial se le llama autorización, porque para autorizar no nada más comprueba que se cumplan los requisitos legales sino que además hace un juicio de valoración sobre la legalidad del acto y la identidad y capacidad de los comparecientes), es, en principio, de efectos limitados (entre partes), es obligatorio en un doble sentido: el notario actuante no puede dejar de realizarlo, y el perjudicado, por la falta de forma, puede promover la acción pro-forma.

El control del Registro es siempre posterior a la celebración del acto jurídico (en los sistemas de registro declarativo), es de comprobación exclusivamente (por eso al acto de control registral se le llama calificar, porque implica una simple función de comprobación), su efecto es erga

omnes (en realidad es el mismo documento notarial que tras registrarse se vuelve oponible contra terceros no registrales), es discrecional para el titular del derecho inscribible y es susceptible de ser revisado y modificado.

El control judicial es siempre posterior a la celebración del acto jurídico, es siempre a instancia de parte agraviada, es fundamentalmente valorativo,³³⁴ aunque complementariamente probatorio, es de efectos retroactivos y reparadores, es definitivo.

Un problema distinto al de si el notario realiza un control de la legalidad, es si vale la pena conservar nuestro sistema de notariado latino. Por supuesto que el notario realiza un control de la legalidad. De no ser así, qué sentido tendría tener que acudir al notario, que el notario sea un profesional del Derecho (si no ejerce un control de la legalidad para qué se exige que el notario sea un especialista en Derecho), pagarle sus honorarios y que produjera un documento ilegal o ineficaz. Por eso, si se niega el control de la legalidad del notario, en realidad lo que se está pretendiendo es eliminar la función notarial, pero entonces, lo que verdaderamente se estaría eliminando es la seguridad jurídica, que como hemos visto, nos ha costado miles de años conseguirla.

3. El control de la legalidad notarial en el Estado de México.

El control de la legalidad que cada notario realice en los actos en que intervenga depende de su propio marco legal regulatorio. En el presente trabajo nos referiremos al control de la legalidad que realizan los notarios del Estado de México, teniendo como base la Ley del Notariado del Estado de México (LNEM) vigente.

³³⁴ CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 520. “El juez, para dictar sentencia, debe comenzar por formarse una idea de los hechos que han originado el pleito y el problema radica en que la formación de esa idea no se basa en conceptos o normas jurídicas, sino sobre todo en apreciaciones propias del juzgador, en sus convicciones personales y en sus valoraciones de unos datos facticos que las partes le relatan en la fase de prueba. Por ello y teniendo en cuenta que la valoración judicial de los hechos no puede ser objeto de revisión en las instancias superiores, se concluye que lo que realmente importa no es cuales fueron los hechos reales, sino la creencia que sobre los mismos se forme el juez...”

Los preceptos básicos generales que regulan la función del notario, en el Estado de México, son los artículos 5° y 6°, que a la letra dicen:

Artículo 5°. El notario tiene a su cargo, en los casos en los que no estén encomendadas expresa y exclusivamente a las autoridades, las siguientes funciones de orden público que les soliciten los interesados:

- I. Dar formalidad a los actos jurídicos;
- II. Dar fe de los hechos que le consten;
- III. Tramitar procedimientos no contenciosos en los términos de esta ley;
- IV. Tramitar procedimientos de arbitraje o mediación.

Artículo 6°. La primera de estas funciones se llevará a cabo observando los requisitos del acto en su formación y autenticando la ratificación que de estos hagan los interesados ante su presencia.

La segunda, mediante su intervención de fedatario del hecho.

La tercera y la cuarta, observando las formas y las disposiciones legales aplicables, tramitando los procedimientos conforme a la voluntad y acuerdo de las partes.

Respecto de la primera de las funciones que establece el artículo 5°, “dar formalidad a los actos jurídicos”, empezaremos por analizar la *estructura formal* de la escritura pública, que es, precisamente, el documento, a través del cual, se da formalidad a los actos jurídicos.

3.1. Estructura formal de la Escritura Pública.

La estructura formal de la escritura pública, se encuentra establecida en el artículo 79 de la LNEM, y consta de lo siguiente:

3.1.1. Proemio

La escritura llevará al inicio su número, él o los actos que se consignent y los nombres de los otorgantes, y expresará en el proemio,³³⁵ dice la ley (fracción VI), el lugar y fecha y, en su caso, la hora en que se asiente la escritura, así como el nombre y apellidos del notario, el número de la notaría a su cargo, los nombres y apellidos de los comparecientes y el acto o actos que se consignent.

3.1.2. Los comparecientes u otorgantes

El compareciente es la persona que, como su nombre lo indica, comparece ante el notario a otorgar el acto o actos jurídicos que se harán constar por el notario en el instrumento público. Respecto de ellos, el notario expresará las generales siguientes: Su nacionalidad y la de sus padres, nombre y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, ocupación, estado civil y domicilio. Al expresar el nombre de una mujer casada incluirá su apellido materno. En el supuesto de representación de personas físicas el representante deberá declarar las generales del representado mencionadas.

Acerca de estas obligaciones del notario, cabe hacer dos observaciones: primera, ¿qué sentido tiene expresar la nacionalidad de los padres del o los otorgantes? ¿Para qué? No encuentro ningún caso en el que omitir la nacionalidad de los padres pudiera tener alguna consecuencia jurídica y segunda, siendo el notario un perito en Derecho conoce como se integra el nombre de las personas físicas, independientemente de su sexo o estado civil, por lo que establecer en la ley la advertencia de que si la mujer es casada deberá incluir el notario su apellido materno resulta una obviedad toda vez que ese es su nombre, y nada más.

³³⁵ BLÁNQUEZ, A., *Diccionario Manual Latino-Español y Español-Latino*, Editorial Ramón Sopena, S.A., Cuarta Edición, Barcelona, 1984. Del latín *prooemium*, y éste del griego *προοίμιον*. Preludio. Prefacio, preámbulo, introducción, exordio; proemio.

Tratándose de extranjeros asentará sus nombres y apellidos como aparecen en el documento migratorio correspondiente.

3.1.3. Juicio de capacidad.

El notario debe dar fe de que a su juicio los comparecientes tienen capacidad legal para otorgar el acto jurídico motivo de su comparecencia. Esto nos conduce a plantear ¿quién puede comparecer ante notario a otorgar un acto jurídico? La Constitución General de la República, en el artículo 34 establece que son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que hayan cumplido 18 años y tengan un modo honesto de vivir. Congruente con esta disposición, el Código Civil para el Estado de México señala en el artículo 4.339, que “la mayoría de edad comienza al cumplir 18 años”, y agrega, en el artículo siguiente, que el “mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.”

En virtud de lo anterior, tienen capacidad legal de ejercicio y, por tanto, pueden comparecer ante Notario para otorgar un acto jurídico, todas las personas que hayan cumplido 18 años, salvo las limitaciones que establece la ley. Estas limitaciones en el Estado de México están previstas en el artículo 4.230 del Código Civil, que dispone que tienen incapacidad natural y legal: a) los menores de edad; b) los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia por trastornos mentales, aunque tengan intervalos lúcidos; c) los sordomudos que no sepan leer ni escribir; d) los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inadecuado de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia y e) las personas que por cualquier causa física o mental, no puedan manifestar su voluntad por algún medio.

Por tanto, en principio, puede afirmarse, como regla general, que para poder otorgar un acto jurídico ante notario se requiere tener 18 años cumplidos. Sin embargo, esta regla tiene excepciones:

- Para otorgar testamento, la edad mínima en el Estado de México son 16 años. Al respecto, dispone el artículo 6.19 del CCEM, que están incapacitados para testar: a) los menores de 16 años y b) los que no disfruten de su pleno juicio.

- Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio. De conformidad con el artículo 4.4 del CCEM, para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14, y conforme al artículo 4.21, “los cónyuges menores de edad, tendrán la libre administración de sus bienes, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos, y un tutor para sus negocios judiciales.” Por su parte, el artículo 4.231 agrega, que “los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para ejecutar actos de dominio respecto a sus bienes, para lo cual requieren de autorización judicial.”

Estas disposiciones plantean varias cuestiones: en primer lugar establecen la regla general de que los menores de edad emancipados tienen plena capacidad jurídica de ejercicio para todo tipo de actos, excepto para ejecutar actos de dominio. En tal virtud, si un menor de edad emancipado por razón del matrimonio compareciera ante notario a otorgar, por ejemplo, un poder general para actos de administración, tendría plena capacidad para ello. En segundo lugar se previene la excepción relativa a la ejecución de actos de dominio, para los cuales se requiere de autorización judicial. En este caso se plantea el problema de si contando ya con autorización judicial para ejecutar actos de dominio, por ejemplo, para vender o hipotecar un inmueble, requeriría el emancipado de un tutor para comparecer ante notario a realizar la venta o la hipoteca, pues el artículo 4.231 dice que para estos actos, se tiene incapacidad legal. En mi opinión es suficiente con la autorización judicial, pues de la propia disposición se desprende que la limitación a la capacidad se suple con la autorización judicial, y una vez otorgada ésta, ya no habría razón alguna para pedir un tutor que ejecute lo que el juez ya autorizó, a menos que ello se estableciera en

la misma autorización, en cuyo caso se tendría que estar a lo dispuesto por el juez.

Un problema más es el relativo a si un menor emancipado puede otorgar un poder para pleitos y cobranzas. El artículo 4.21 *in fine* señala que los menores emancipados requieren de un tutor para sus negocios judiciales, y el 4.231 abunda en esta disposición al señalar que los emancipados tampoco podrán comparecer a juicio sino a través de tutor. Entonces ¿el menor emancipado puede otorgar un poder para pleitos y cobranzas? En mi concepto sí, toda vez que lo que la ley ordena es que, para comparecer a juicio, lo haga a través de un tutor, pero para todos aquellos actos que permitan la actuación de un representante legal, que no impliquen necesariamente un negocio judicial, como por ejemplo asistir a una asamblea de socios o celebrar un contrato de arrendamiento, no existe impedimento legal para que se otorgue el poder correspondiente.

3.1.4. Dación de fe de la identidad de los comparecientes.

La identificación de las personas es un presupuesto indispensable para la validez de la escritura; el notario, por tanto, hace constar bajo su fe que los comparecientes acreditaron su identidad. El notario puede identificar a los comparecientes de las siguientes maneras (Art. 80):

- Por propia declaración de conocerlos personalmente.
- Con la declaración de dos testigos de identidad que a su vez se identifiquen.
- Con la presentación de un documento de identificación oficial con fotografía del cual agregará una copia al apéndice.

Otras importantes cuestiones relacionadas con los otorgantes son las siguientes:

¿Qué sucede si él o los comparecientes no hablan español? (Art. 81)

- Si el notario conoce su idioma, podrá autorizar el instrumento haciendo constar que tradujo verbalmente su contenido. Si no lo conoce, deberá intervenir un intérprete nombrado por el o los comparecientes.

¿Qué sucede si alguno de los comparecientes es sordo? (Art. 82)

- Deberá leer la escritura por sí mismo.

¿Qué sucede si alguno de los comparecientes es sordo y declara no saber o no poder leer? (Art. 82)

- Designará un intérprete que lo lea y le dé a conocer su contenido. El intérprete deberá firmar también la escritura.

¿Qué sucede si el otorgante es mudo? (Art. 83)

- Deberá manifestar por escrito su consentimiento y si no pudiera escribir, deberá manifestar su consentimiento a través de signos inequívocos en presencia de dos testigos, circunstancia que hará constar el notario en la escritura.³³⁶

¿Qué sucede si alguno de los comparecientes es invidente o no sabe o no puede leer? (Art.84)

- Deberán intervenir dos testigos. El notario dará lectura a la escritura en presencia de los testigos y después uno de éstos dará lectura nuevamente a la escritura.

Por otra parte, en relación con los otorgantes, debe mencionarse la llamada *protesta de Ley*: Las declaraciones que hacen los comparecientes u otorgantes son siempre hechas bajo protesta de decir verdad, para lo cual “el Notario los apercibirá de las penas en que incurren quienes declaran con falsedad” (fracción VIII). Respecto de esta disposición cabe comentar el vicio en que generalmente incurre la

³³⁶ NOTA IMPORTANTE: Esta disposición no es aplicable a los testamentos.

ley al decir “las penas en que incurren quienes declaran con falsedad”; en realidad, los falsos declarantes no incurren en penas, sino en faltas por las que se les puede aplicar sanciones.

Finalmente, el notario, en una escritura pública, dice la ley (Art. 79 Frac. XII), siempre hará constar bajo su fe, respecto de los comparecientes, además de lo ya señalado, que les fue leída la escritura, que les explicó el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura, que manifestaron su conformidad con el texto leído mediante la impresión de su firma. Si alguno de ellos manifestare no saber o no poder firmar, imprimirá huella digital firmando otra persona a su ruego y encargo. De estar imposibilitado para imprimir su huella digital se hará constar esta circunstancia por el notario. La fecha o fechas en que firmen o impriman su huella digital y el notario autorice la escritura.

3.1.5. Antecedentes del acto:

El notario en la escritura no solo deberá identificar a los comparecientes y hacer constar que, a su juicio, tienen capacidad legal para el otorgamiento sino, además, que se encuentran también *legitimados* para el acto que van a celebrar. “La legitimación, según Rodríguez Adrados siguiendo a Cariota-Ferrara, es *strictu sensu* <<la particular relación del sujeto con el objeto del negocio, es decir, la específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes e intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de estos>>”. Así, por ejemplo, el vendedor para estar legitimado para vender, requiere acreditar que es el propietario. Ello obliga al notario a resumir los antecedentes del acto (fracción VII) y certificar haber tenido a la vista los documentos que se hayan presentado para la formación de la escritura, con las siguientes modalidades:

- Si se trata de inmuebles, relacionará cuando menos el último título de propiedad y, en su caso, citará los datos de su inscripción registral, y determinará su naturaleza, ubicación, superficie con medidas y linderos, en cuanto sea posible.

- No deberá modificarse en una escritura la descripción de un inmueble si con ésta se incrementa el área de su antecedente de propiedad. La adición podrá ser hecha si se funda en resolución judicial o administrativa de la que así se desprenda.

- Cualquier error aritmético o de transcripción que conste en instrumento o en asiento registral podrá aclararse por la parte interesada en la escritura.

- Al citar un instrumento otorgado ante otro fedatario, expresará el nombre de éste y el número de la notaría que corresponde, así como su número y fecha y, en su caso, los datos de inscripción registral.

Los datos que debe hacer constar el notario como antecedentes del acto, materia de la escritura, están relacionados con el llamado *Principio de especialidad registral*³³⁷ que tiene por objeto determinar con precisión el bien materia de la inscripción registral. Este principio presenta tres aspectos básicos: a) determinación de la finca; b) determinación del derecho y c) determinación de los sujetos.³³⁸

Por último, en las protocolizaciones de actas de asamblea de personas morales se relacionarán los antecedentes necesarios para acreditar su constitución, así como la validez y eficacia de los acuerdos tomados de conformidad con su régimen legal y estatutos. (Inciso e, fracción VII).

³³⁷ AGUILAR BASURTO. Luis Arturo, *Derecho de los bienes*. 1º Edición. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México 2008. Pág. 210.

³³⁸ El artículo 42 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Estado de México de 18 de febrero de 2009 dispone:

“Todo documento inscribible expresará lo siguiente:

I.- Generales de los otorgantes cuando así lo dispongan los ordenamientos legales aplicables.

II.- Datos relativos a los bienes y derechos inscritos; tratándose de bienes inmuebles deberá expresarse la naturaleza, ubicación, medidas, colindancias y extensión superficial.

III.- Antecedentes de registro, excepto cuando se trate de primera inscripción.

IV.- Clave catastral del inmueble, incluyendo la de los lotes resultantes de subdivisiones, lotificaciones o relotificaciones o bien, sujetos a régimen en condominio.”

3.1.6. El acto o actos jurídicos materia de la escritura:

Generalmente esta parte de la escritura se asienta bajo el rubro de *Cláusulas*.³³⁹

Como dice Zamora y Valencia, la ley permite establecer en una forma amplia, dentro de un contrato, todas las cláusulas que las partes estimen pertinentes (artículo 1839), “siempre y cuando se respeten los principios básicos de la libertad contractual que son: en la elaboración de los contratos las partes, de común acuerdo, deben discutir libremente su clausulado y no dejar esa elaboración al arbitrio de una sola (1797); se deben respetar las disposiciones legales de carácter imperativo (6 y 8); no se puede desnaturalizar un contrato cambiando o suprimiendo sus efectos o finalidades jurídicas o económicas (1794 y 1839); no pueden convenir sobre negocios carentes o no merecedores de tutela jurídica (16, 830, 840).”³⁴⁰

En la doctrina se clasifican las cláusulas de los contratos en esenciales, naturales y accidentales. Dicha clasificación, informa Pothier, la hicieron varios juristas del siglo XVI, y la expone en los siguientes términos:

“1.- Las cosas que son de la esencia del contrato son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir. En faltando una de ellas, ya no hay contrato, o bien, es otra especie de contrato...

2.- Las cosas que son de la naturaleza del contrato son aquellas que, sin ser la esencia del contrato, forman parte del mismo, bien que las partes contratantes no se hayan convenido sobre dichas cosas, esto es, sobre si quedan comprendidas en el contrato o sobreentendidas, teniendo en cuenta que son de la naturaleza del contrato.

³³⁹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México 2005. Pág. 558. Cláusulas, de acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, del latín *clausula*, de *clausus*: cerrado, y se define como cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o particular.

³⁴⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. Editorial Porrúa Undécima edición. México, D.F. 1981. Pág.117.

Esas cosas ocupan el punto medio entre las que son de la esencia del contrato, y aquellas que son accidentales al contrato y aquellas que difieren de unas y otras.

Difieren de las cosas que son de la esencia del contrato, en que el contrato puede subsistir sin ellas, y en que pueden ser excluidas del contrato, por convenio entre las partes; y difieren de las cosas accidentales al contrato, en que forman parte del contrato sin haber sido expresamente convenidas,...

3.- Las cosas que son accidentales al contrato son aquellas que, no siendo de la naturaleza del contrato, sólo mediante una cláusula especial vienen contenidas en el mismo.”³⁴¹

3.1.7.Otros requisitos que debe contener la escritura pública:

Además de lo señalado, se deberán observar por el notario las siguientes reglas:

Siempre hará constar bajo su fe los hechos que el notario presencie y que sean relevantes o integrantes del acto. (Inciso f, fracción XII)

La escritura se hará constar en idioma español, con letra clara, sin abreviaturas ni guarismos, salvo en el caso de transcripción literal o del uso de modismos; tratándose de números, las cifras se mencionarán también con letra;

Cuando se presenten documentos redactados en idioma distinto al español, se traducirán por perito autorizado, a excepción de cuando el notario conozca el idioma en que estén redactados, en cuyo caso él realizará la traducción; se agregará al apéndice el original o copia cotejada del documento con su respectiva traducción;

³⁴¹ POTHIER, R.J. *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina. 1978. Pág. 14.

Los espacios en blanco o huecos se cubrirán con líneas horizontales de tinta o con guiones continuos, al igual que los espacios en blanco existentes entre el final del texto y las firmas;

Las palabras, letras o signos que se hayan de testar se cruzarán con una línea horizontal que las deje legibles, pudiendo enterrrenglonarse lo que se deba agregar. Al final del texto de la escritura se salvarán, con la mención del número de palabras, letras o signos testados o enterrrenglonados, y se hará constar que lo primero no vale y lo segundo sí.

Antes de firmada la escritura se pueden hacer las modificaciones, adiciones o correcciones que soliciten los comparecientes, y el notario asentará los cambios y en su caso explicará las consecuencias legales de tales modificaciones. (Art.85)

Todas las razones y anotaciones complementarias de una escritura serán rubricadas por el notario y numeradas ordinalmente. (Art.92)

Se prohíbe a los notarios revocar o modificar el contenido de una escritura mediante razón complementaria. En estos casos, deberá extenderse nueva escritura y hacerla constar en nota complementaria en la escritura anterior. (Art.94).

3.1.8. Acreditación de la personalidad:

En caso de que algún compareciente actúe en representación de otro, el notario deberá realizar lo que en la doctrina se conoce como *juicio de suficiencia* y que consiste en acreditar que las facultades del apoderado son suficientes para otorgar la escritura en representación de su poderdante. Para ello, el notario observará lo siguiente:

- Si la representación es de persona moral, dejará acreditada la legal constitución de ésta, su designación y las facultades de representación suficientes, para lo cual no será necesario que el notario realice transcripciones textuales de los instrumentos.

- Si la representación es de personas físicas, el notario sólo relacionará sucintamente el instrumento que contenga el otorgamiento de las facultades de representación que se ostentan a favor de quien comparezca.

- Siempre que alguien comparezca a nombre de otro deberá declarar que sus facultades de representación son suficientes para el acto en que comparece, que son tal y como las asentó el notario y que dichas facultades no le han sido revocadas ni limitadas en forma alguna hasta esa fecha. Los apoderados de personas físicas deberán declarar que sus representados tienen capacidad legal.

3.1.9. Autorización.

Redactada la escritura conforme a las reglas precedentes, se lleva a cabo el acto notarial más importante: la *autorización*, previa firma de los interesados. La autorización es el acto notarial por virtud del cual el notario dota de fe pública al instrumento notarial.

La autorización del notario se desdobra en dos momentos: en un primer momento el notario autoriza que los interesados firmen el instrumento notarial; en el segundo momento el notario formaliza su autorización estampando su firma autógrafa. A partir de este momento, el acto jurídico produce todos sus efectos jurídicos. Podemos decir que el efecto de la autorización es que el acto produzca sus efectos jurídicos y vale la pena recordar que en derecho, como dijo González Palomino, *lo que no son efectos es literatura*.³⁴²

La primera autorización es sumamente importante porque una vez que el notario permite que firmen los interesados, no puede, por su parte, negarse a firmar, es decir, a autorizarla formalmente. Así lo establece el artículo 86, en su primer párrafo que ordena: “Firmada la escritura por los otorgantes y demás comparecientes, para lo cual deberá anotarse el nombre de quienes la suscriben, ***inmediatamente será***

³⁴² CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 504.

autorizada por el notario preventivamente con la razón ANTE MI, su firma completa y su sello³⁴³ o, en su caso, autorizada definitivamente.”

Como se desprende de este artículo, la autorización formal, a su vez, es de dos tipos: preventiva y definitiva. La escritura se autoriza sólo preventivamente cuando posteriormente a la firma por los otorgantes, se deben de cumplir determinados requisitos establecidos en la ley, para que pueda ser autorizada de manera definitiva. Hay operaciones, como una compraventa por ejemplo, que después de firmada por los interesados, se deben cumplir ciertos requisitos como pagar impuestos, entre otros. En estos casos se autoriza la escritura primero preventivamente, y una vez cubiertos los demás requisitos legales, se autoriza en forma definitiva. En cambio hay otras operaciones, como un testamento o un poder, que después de su firma por el otorgante, no requieren que se cumpla ningún otro requisito. En estos casos, cuando la firma el notario queda autorizada inmediatamente de forma definitiva. Lo anterior lo establece el artículo 88, que dice: “El notario deberá *autorizar* definitivamente la escritura cuando estén pagados los impuestos que causó el acto y *cumplidos aquellos requisitos que conforme a las leyes sean necesarios para la autorización de la misma*. La *autorización* definitiva se pondrá al pie de la escritura, inmediatamente después de la *autorización* preventiva, y contendrá el lugar y la fecha en que se haga, así como la firma y sello del notario...”

³⁴³ Sello de autorizar. Todos los instrumentos que autorice un Notario deberán llevar la firma del notario y su sello de autorizar. Las disposiciones relativas al sello de autorizar se encuentran contenidas en los artículos 47, 48 y 49 de la LNEM, que se explican por sí mismas:

Artículo 47. El notario recabará autorización de la Secretaría para obtener su sello, que será de forma circular, con un diámetro de cuatro centímetros, con el Escudo Nacional en el centro e inscrito en rededor el nombre y apellidos del notario, número de la notaría y residencia.

Artículo 48. En caso de extravío, alteración o destrucción del sello, el notario lo comunicará inmediatamente a la Secretaría, solicitando autorización para proveerse de otro a su costa, tomando en consideración las disposiciones que al respecto señale el Reglamento.

Tratándose de extravío o robo, se presentará denuncia ante el Ministerio Público, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al hecho.

Artículo 49. El sello alterado o el extraviado que se recupere, no podrá ser usado por el notario si ya tiene autorizado el nuevo y deberá entregarlo al Archivo en forma inmediata para su destrucción.

El Archivo destruirá el sello del notario que termine en sus funciones, así como los que no reúnan los requisitos en esta Ley y su Reglamento.

En caso de licencia o suspensión, el sello se remitirá al Archivo para su depósito mientras subsistan éstas.

En todos los casos anteriores, el titular del Archivo hará constar en acta tal hecho debiendo remitir copia a la notaría de que se trate.

Estas disposiciones constituyen, para los notarios del Estado de México, la esencia del control de la legalidad que realizan. Los principios que se derivan de estas disposiciones se pueden puntualizar como sigue:

1. La escritura debe cumplir con todos los requisitos del artículo 79, que han quedado expresados.
2. Cumplidos estos requisitos el notario autoriza o permite que los interesados firmen la escritura.
3. La firma de la escritura por parte de los interesados y demás comparecientes, implica su conformidad con la escritura.
4. Inmediatamente después de firmada el notario debe *autorizar* la escritura preventivamente, y cuando proceda, definitivamente.
5. Cuando no existen requisitos que cumplir, posteriores a la firma, como por ejemplo en un testamento o en un poder, la escritura se *autoriza* inmediatamente en forma definitiva.
6. Cuando estén pagados los impuestos y cumplidos aquellos requisitos que conforme a las leyes sean necesarios para la autorización de la escritura, *ésta se autorizará de manera definitiva con la firma y sello del notario.*
7. El artículo 89 abunda en esta situación al disponer: “cuando el acto contenido en la escritura no cause ningún impuesto ni sea necesario que se cumpla con cualquier otro requisito legal para su autorización definitiva, el notario asentará esta razón.”

La ley establece algunas otras disposiciones relacionadas con la *autorización*: el plazo para que los interesados firmen la escritura una vez asentada en el protocolo es de treinta días en el protocolo ordinario y sesenta en el protocolo especial. Si transcurrido ese plazo no se firma por todos los comparecientes se pondrá al final del texto la razón de “NO PASO”. Si son varios los comparecientes y la escritura por su naturaleza o por disposición de la ley no requiere ser firmada por todos en el mismo acto, se puede firmar sucesivamente por ellos y en cada firma el notario irá asentando la razón “ANTE MI”. Cuando todos la hayan firmado se autorizará preventiva o definitivamente, según el

caso. Finalmente, si la escritura contiene varios actos y solo se firman uno o varios, pero otro u otros no, solamente se pondrá la razón de “NO PASO”, respecto del acto que no haya sido firmado.

Como puede apreciarse, es claro el control de la legalidad que realiza el notario del Estado de México, y de la autorización definitiva de una escritura se desprende, indubitablemente, una presunción de legalidad y autenticidad del documento notarial.

Respecto de la segunda de las funciones que establece el artículo 5º, “dar fe de los hechos que le consten”, analizaremos la *estructura formal* del acta notarial que es precisamente el documento, a través del cual, se da fe de los hechos que al notario le consten.

3.1.10. Estructura del Acta Notarial.

Las reglas que el notario debe observar respecto de las actas notariales son las siguientes:

Las disposiciones relativas a las escrituras serán aplicables a las actas cuando sean compatibles con su naturaleza. (Art.99)

El notario *autorizará el acta* sin necesidad de que sea firmada por el solicitante. (Art.103)

En el caso de notificaciones, interpelaciones, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario, bastará con que el notario consigne en el acta el nombre y apellido de la persona con quien practicó la diligencia.

Las notificaciones las hará el notario personalmente en el domicilio de quien deba ser notificado, y si no se encuentra a la persona que se busca, se podrá realizar la notificación con cualquier persona que se encuentre en el domicilio, por medio de instructivo que contenga relación sucinta del objeto de la notificación, debiéndose cerciorar el notario de que es el domicilio de la persona a la que se dirige la notificación, haciéndose constar el nombre, si lo diere, de la persona

que recibe el instructivo. Si no se encontrare a ninguna persona en el domicilio señalado, el notario practicará la notificación, mediante instructivo, que fijará en la puerta u otro lugar visible del domicilio, conjuntamente con el documento a notificar.

Los hechos que se deben consignar en las actas notariales, los establece el artículo 101 de la LNEM y son los siguientes:

- a)Notificaciones, interpelaciones, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario, según las leyes;
- b)Existencia e identidad de personas;
- c)Reconocimiento de firmas en documentos por personas identificadas por el notario;
- d)Hechos materiales;
- e)Entrega, protocolización o existencia de documentos;
- f)Declaraciones de una o más personas que bajo protesta de decir verdad efectúen respecto de hechos que les consten, propios o de quien solicite la diligencia;
- g)Reconocimiento de firmas y ratificación del contenido de documentos;
- h)En general, toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciadas objetivamente.

En las diligencias mencionadas en este artículo, cuando así proceda, por la naturaleza de las mismas, el notario se identificará con la persona con quien la entienda explicándole el motivo de su presencia.

4.Valor del documento público; sus diferencias con el documento privado.

En virtud del control de la legalidad que realiza el notario, mediante el ejercicio de la fe pública que se manifiesta en el acto de autorizar preventiva y definitivamente un instrumento notarial, como hemos visto, se genera un documento público, que de acuerdo con la ley, es un

documento auténtico con valor probatorio pleno, en juicio y fuera de él, mientras no sea declarado nulo judicialmente.

El alcance y valor de este documento ha sido cuestionado por algunas opiniones que pretenden equiparar el documento público con el documento privado. Así, Martínez Escribano, después de reconocer que “gracias a la intervención del notario, el negocio escriturado queda revestido de un cierto valor, unas cualidades que favorecen su posición en el tráfico jurídico frente al documento privado. Hay unas mayores garantías en torno a la seguridad jurídica, a la seguridad de que el negocio se ha celebrado por determinadas personas en una fecha concreta y que se han cumplido las formalidades legales”,³⁴⁴ concluye diciendo que parece “de este modo, que el documento notarial tiene un valor superior al documento privado en nuestro ordenamiento. Según nuestro Código civil (español), sólo el primero hace prueba <<aún contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este>> (artículo 1218 CC), mientras que el documento privado sólo hace prueba de la fecha respecto de terceros <<desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio>> (artículo 1227 CC).”³⁴⁵

No obstante, continúa, “frente a este diferente valor atribuido por las normas civiles, las normas procesales civiles, más recientes que aquéllas, asignan un idéntico valor al documento público y el documento privado. Así dispone el art. 319.1LEC con relación a ciertos documentos públicos, entre los que se encuentran los autorizados por notario con arreglo a derecho, que << harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella>>. Y el art. 320 LEC establece que, en caso de impugnación de la autenticidad de un

³⁴⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. *Control Notarial de la legalidad*. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters. 1era edición. Pamplona, España. 2010. Pág. 93.

³⁴⁵ *Ídem*. Pág. 94.

documento público, tratándose de copias, certificaciones o testimonios fehacientes, se cotejarán o comprobarán con los originales, lo cual llevará a cabo el Secretario Judicial, y si del cotejo resulta la autenticidad o exactitud de la copia o testimonio impugnados, las costas gastos y derechos que origine el cotejo serán de cargo de quien formuló la impugnación. Por su parte, el art. 326 LEC se refiere al documento privado y dispone lo siguiente:

<<1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente.

Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.>>

En apoyo a su interpretación cita a Picó I. Junoy, quien dice, que “<<la nueva normativa viene a recoger la doctrina jurisprudencial continuamente reiterada por el Tribunal Supremo según la cual el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al juez sólo respecto al hecho del otorgamiento, identificación de sus intervinientes y su fecha>>. Indica además este autor, a la luz de lo dispuesto en el art. 326, que el documento privado adquiere el mismo valor probatorio que el público si su autenticidad no es impugnada por la parte a quien perjudica, acreditando así el hecho que motiva su otorgamiento, la fecha de éste y las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los otorgantes.”

En realidad, esta opinión, más que plantear una duda científica sobre las diferencias entre el documento público y el documento privado, me parece un esfuerzo más por debilitar la institución del notariado,

porque si se llegase a la conclusión de que el documento privado es equiparable al documento público, que necesidad habría de la función notarial. Por efecto de la fe pública el notario produce un documento público, cuya característica principal es que cuenta con una presunción de autenticidad y legalidad. Si este documento vale lo mismo que el documento privado, qué sentido tendría todo el sistema del notariado latino.

Afortunadamente, como veremos, sin necesidad de una mayor profundidad, *prima facie* se puede desechar este razonamiento si, por ejemplo, pensamos en un poder. ¿Alguien compraría un inmueble, entregaría su dinero, a una persona que se dijera apoderado del propietario vendedor y acreditara su personalidad con un simple documento privado? Es cierto que si en un juicio, el vendedor, reconociera ese documento, surtiría todos sus efectos legales, pero si lo negara, no tendría ningún valor. Y aquí se ve, precisamente, la importancia del documento público, que genera seguridad jurídica. Si el que representa al vendedor acredita su personalidad con un poder notarial, dicho documento tiene, en principio, un valor probatorio pleno, en juicio y fuera de él, y el poderdante no puede simplemente negarlo, sino tendrá que reargüirlo de falso y tendrá la carga de la prueba para acreditarlo. Piénsese, también en un testamento (no ológrafo) redactado en un documento privado. Qué seguridad habría de que el supuesto testador se encontraba, al momento del otorgamiento, en pleno uso de sus facultades mentales y no bajo el influjo de alguna droga o el alcohol; de que se encontraba libre de toda presión o amenaza, y que, verdaderamente, esa era su voluntad y no que alguien se aprovechó de una firma en blanco o bien falsificó el documento. Toda esta inseguridad es lo que evita la intervención del notario. Por eso no es lo mismo, no pueden nunca equipararse, un documento privado y un documento público generado por el notario.

Respecto a la objeción que hace Martínez Escribano de que de acuerdo con el artículo 320 de la LEC, los documentos públicos, en caso de impugnación, se deberán cotejar con su original para verificar

su exactitud o autenticidad, demuestra precisamente la relevancia del documento público que opera en el tráfico, es decir, la copia auténtica, que tiene una matriz con la cual se puede cotejar para determinar su autenticidad. El documento privado en cambio, cuando es impugnado, el que lo presentó tiene a su cargo la carga de la prueba para acreditar su autenticidad, y para ello podrá pedir la prueba pericial o algún otro medio de prueba que resulte útil y pertinente.

Por otro lado, la relevancia del documento público también puede observarse en relación con los documentos extranjeros. Particularmente en la Comunidad Europea se ha desarrollado un gran esfuerzo para darle circulación a los documentos públicos en los estados miembros. Así, por ejemplo, en el llamado Libro Verde, de la Comisión Europea, *Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los actos del estado civil*,³⁴⁶ se establecen, para el Plan de Acción del Programa de Estocolmo dos propuestas legislativas:

1.- La libre circulación de los documentos mediante la supresión de la legalización de los documentos entre los Estados miembros, y

2.- El reconocimiento de los efectos de ciertos documentos del estado civil (por ejemplo relativos a la afiliación, a la adopción, al nombre), a fin de que un estatuto jurídico atribuido en un Estado miembro pueda ser reconocido con las mismas consecuencias jurídicas en otro Estado miembro.

Para el logro de estos propósitos se proponen las siguientes medidas:

a) la supresión de las formalidades administrativas para la autenticación de los documentos públicos.

b) la cooperación entre las autoridades nacionales competentes.

³⁴⁶ Livre Vert. Commission Européenne. Bruxelles, le 14.12.2010. COM (2010) 747 final. Moins de démarches administratives pour les citoyens: Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil.

c) limitar las traducciones para los documentos públicos.

d) la certificación europea del estado civil.

Como puede verse, existe todo un régimen jurídico en la Comunidad Europea aplicable a los documentos públicos que, inclusive, con algunas limitaciones, de acuerdo con los artículos 317 y 323 de la LEC puede ser extensivo a documentos extranjeros provenientes de Estados fuera de la Comunidad Europea. Particularmente el artículo 323 en su fracción I establece que: A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que en virtud de tratados o convenios internacionales o leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley.

La circulación de los documentos públicos en la Comunidad Europea ha dado lugar recientemente a una controversia jurídica en España con motivo de una compraventa de un inmueble sito en España, formalizada ante notario alemán por vendedor y comprador de esa nacionalidad no residentes en España. El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 19 de junio de 2012, resuelve el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006.³⁴⁷ La cuestión a dirimir si dicha escritura puede tener acceso al Registro de la Propiedad Española. El TS consideró la equivalencia del documento notarial alemán con el español en cuanto a la función pública que ejercen y como consecuencia susceptible de inscripción en el Registro Español.

En el Derecho positivo mexicano, igualmente podemos ver claras diferencias entre el documento público y el privado.

³⁴⁷ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Del cándido europeísmo al turismo documental: Reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán. Diario La Ley, ISSN 1138-9907, N° 7940, 2012.

En el ámbito federal, el artículo 2034 del Código Civil Federal coincide plenamente con el artículo 1227 del Código Civil Español. En el primero de estos artículos, en relación a la cesión de derechos, se establece una clara distinción entre el documento público y el documento privado. Para el primero señala que debe tenerse como fecha cierta, la fecha de otorgamiento de la escritura pública, en tanto que cuando la cesión se otorga en documento privado, no surte efecto contra terceros, sino hasta que se incorpore o inscriba en un Registro Público, fallezca cualquiera de los que la firmen o se entregue a un funcionario público, por razón de su oficio. Sobre este particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la siguiente tesis aislada:

“DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS. Tratándose de documentos privados que no han sido presentados ante ningún funcionario público, ni inscritos en algún registro oficial, debe considerarse que no existe fecha cierta de los mismos, de conformidad con lo previsto por el artículo 2034 fracción III del Código Civil del Distrito Federal, el cual previene que la cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, no produce efectos contra terceros sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, esto es, si se trata de un documento privado desde el día en que se incorpore o inscriba en un registro público, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público en razón de su oficio. Dicho precepto es aplicable, a toda clase de negocios privados”. (Amparo en revisión 3485/51. *Ponente*: José Rivera Pérez Campos. Sexta Época. Pleno. Seminario Judicial de la Federación. Tomo LXXXVIII. Primera Parte. Octubre de 1964. Página 12.).

En el ámbito local, el Código Civil para el Estado de México va más allá del ordenamiento federal y de plano ordena, que la cesión, cuando se otorgue en escrito privado, deberá ratificarse ante fedatario público. El artículo 7.278 dispone “La cesión de créditos debe hacerse en escrito privado que firmaran el cedente y cesionario ratificado ante Fedatario Público.” Por tanto, el simple escrito privado, en ningún caso, surte efectos contra terceros, si no fue ratificado ante fedatario público.

Por otra parte, el documento público es también necesario para inscribir el derecho en él contenido, en el Registro Público de la Propiedad. El artículo 8.10 del Código Civil para el estado de México indica que solo se registrarán: I. Los testimonios de instrumentos notariales, copias certificadas electrónicas, formatos precodificados u otros documentos auténticos.

Asimismo, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, contiene las siguientes disposiciones relativas a los documentos:

Artículo 1.293. Son documentos públicos los formulados por notarios o corredores públicos, y los expedidos por servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones legales.

La calidad de públicos se demuestra por los sellos, firmas u otros signos exteriores que prevengan las leyes.

Artículo 1.297. Son documentos privados los que no reúnen los requisitos de los públicos.

Artículo 1.298. Se presentarán los originales de los documentos privados, y, cuando formen parte de un libro, expediente o legajo, se exhibirán para que se compulse la parte que señalen los interesados.

Artículo 2.103. La presentación de documentos fundatorios del derecho, cuando sean públicos, podrá hacerse por copia simple, si el interesado manifiesta que carece de otra fehaciente, pero no producirá ningún efecto si dentro del plazo de prueba no se presenta con los requisitos legales necesarios.

Artículo 1.302. Las partes podrán objetar los documentos presentados, al contestar la demanda, al reconvenir o al contestar ésta, o dentro de los 3 días siguientes a la apertura del plazo de prueba, tratándose de los presentados hasta entonces. Los exhibidos con posterioridad, podrán serlo en igual plazo, contados desde la notificación del auto que los haya tenido como pruebas.

Artículo 1.359. El juez goza de libertad para valorar las pruebas, *con excepción de los documentos públicos que siempre harán prueba plena*. Lo hará tanto en lo individual como en su conjunto, atendiendo las reglas de la lógica y la experiencia. Explicará detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión.

Artículo 2.144. Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que traiga aparejada ejecución y que contenga obligación exigible, vencida y de cantidad líquida.

Artículo 2.145. Traen aparejada ejecución:

- I. Los documentos públicos.
- II. Los convenios celebrados en el curso de un juicio ante el juez, ya sea de las partes entre sí o terceros que se hubieren obligado.
- III. Los documentos privados reconocidos judicialmente o ante notario.
- IV. Los convenios aprobados y los laudos emitidos por la Procuraduría Federal del Consumidor.
- V. Las sentencias ejecutorias.

Además, y por lo que se refiere al específico valor jurídico del instrumento notarial, el artículo 114 de la LNEM dispone:

a) En tanto no se declaren nulas por sentencia judicial ejecutoriada, las escrituras, actas, testimonios, documentos cotejados, copias certificadas y certificaciones, harán prueba plena respecto de su contenido y de que el notario observó las formalidades correspondientes;

b) Las correcciones no salvadas en las escrituras y actas se tendrán por no hechas;

c) La protocolización de un documento acreditará la certeza de su existencia para todos los efectos legales;

d) Cuando haya diferencia entre las palabras y los guarismos prevalecerán aquéllas.

El instrumento notarial (en el Estado de México), solo puede ser declarado nulo por las siguientes causas (artículo 115 LNEM)

Causas de nulidad:

a) Si el notario autorizante no está en el ejercicio de sus funciones al otorgarlas;

b) Si el notario está impedido por ley para intervenir en el acto jurídico o hecho de que se trate;

c) Si son autorizadas por el notario fuera del territorio del Estado de México;

d) Si han sido redactadas en idioma distinto al español;

e) Si están autorizadas con la firma y sello del notario, cuando deban contener razón de *no pasó*, por no estar firmadas por todos los que debieron hacerlo;

f) Cuando no estén autorizadas con la firma y sello del notario;

g) Si el notario no constató la identidad de los otorgantes;

h) Si carece de algún requisito que produzca la nulidad del instrumento por disposición expresa de la ley.

Si un mismo instrumento contiene diferentes actos y en sólo alguno el notario está impedido para intervenir, únicamente será nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho cuya autorización no le está permitida, pero tendrá validez respecto de los otros actos o hechos que contenga y que no estén en el mismo caso.

Es importante advertir que de acuerdo con el artículo 116 de la LNEM, fuera de los casos señalados, el instrumento no será nulo, aún cuando el notario pueda ser responsable por el incumplimiento de alguna disposición legal.

De la misma manera como las escrituras o actas pueden estar afectadas de nulidad, la cual debe ser declarada judicialmente, los testimonios, copias certificadas o certificaciones, pueden ser también declarados nulos, en los casos y por las causas que la ley del notariado establece.³⁴⁸

³⁴⁸ Se entiende por testimonio “la copia auténtica, en la que el notario, bajo su firma y sello, reproduce el texto de la escritura o acta y sus documentos anexos.” (Art. 109)

Como puede colegirse fácilmente, no hay la menor duda, al menos en la legislación del Estado de México, de que el documento público notarial, en juicio y fuera de él, tiene un valor distinto al documento privado, es decir, que no pueden, en ningún caso, equipararse. El documento público tiene una fecha cierta y surte todos sus efectos jurídicos desde su perfeccionamiento; su valor probatorio es pleno sin necesidad de reconocimiento y el juez carece de arbitrio para darle una valoración distinta a la establecida en la ley; solo puede ser declarado nulo por las causas expresamente previstas en la ley; además, el documento público notarial, trae aparejada ejecución, cuando hace constar una deuda líquida y exigible y es, finalmente, la vía de acceso al Registro Público de la Propiedad.

Para garantizar el debido ejercicio del control de la legalidad mediante la fe pública notarial, el Estado, que es el detentador original de la fe pública que delega en los notarios, ejerce sobre éstos una función de vigilancia. En el Estado de México, la supervisión de la función notarial está a cargo de la Secretaría General de Gobierno, quien la ejerce por conducto del Departamento de Supervisión y Control del Notariado.³⁴⁹

Se entiende por copia certificada “la reproducción que de una escritura, un acta, sus documentos de apéndices o bien, de los documentos presentados por los interesados, expida un notario o el titular del Archivo, en su caso.” (Art. 111)

Se entiende por certificación notarial “la razón en la que el notario hace constar un acto o hecho que obra en su protocolo, en un documento que él mismo expide o en un documento preexistente, también lo será la afirmación de que una transcripción o reproducción coincide fielmente con su original.” (Art. 113)

El artículo 118 ordena:

Los testimonios, copias certificadas o certificaciones serán nulos:

I.Cuando la escritura o acta sea declarada nula;

II.Si el notario no se encuentra en ejercicio de sus funciones o los autoriza fuera del territorio del Estado de México;

III.Cuando no estén autorizados con la firma y sello del notario;

Si carece de algún requisito que produzca la nulidad por disposición expresa de la ley.

³⁴⁹ Las atribuciones de la Secretaría, en materia de supervisión de la función notarial, son las siguientes (Artículo 144 de la LNEM):

1.Practicar inspecciones ordinarias y especiales a las notarías del Estado;

2.Resolver las quejas presentadas en contra de los notarios;

3.Sancionar administrativamente a los notarios conforme a las disposiciones de la presente Ley;

4.Intervenir en la entrega y recepción de notarías;

5.Realizar estudios para identificar las necesidades del servicio notarial en el territorio del Estado;

6.Llevar los registros necesarios para el control documental de la actividad notarial;

7.Tramitar los asuntos relacionados con el notariado del Estado;

8.Las demás que le señalen esta Ley y otros ordenamientos.

En cuanto a las otras dos funciones notariales que autoriza la ley a los notarios, “tramitar procedimientos no contenciosos” y “tramitar procedimientos de arbitraje o mediación”, serán analizados en el próximo capítulo sobre las nuevas tendencias de la función notarial.

Por lo que se refiere a las inspecciones, estas pueden ser ordinarias o especiales. Las primeras se realizan dos veces al año, a todos los notarios del Estado para el efecto de constatar que se ajustan a la ley en el ejercicio de la función notarial. Las especiales o las visitas extraordinarias (Art.146) tienen lugar cuando ha habido alguna queja, o por cualquier otro medio, la autoridad tiene conocimiento de una posible irregularidad en la prestación del servicio por parte de algún notario.

Al respecto los artículos 146 y 147 de la LNEM establecen:

Artículo 146. La Secretaría ordenará inspecciones ordinarias, que deberán practicarse obligatoriamente por lo menos dos veces al año; y especiales, cuando tenga conocimiento, por queja o por cualquier otro medio, de que un notario ha incurrido en una probable contravención a la ley.

CAPÍTULO IV

NUEVAS TENDENCIAS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

1. Jurisdicción cautelar.

EL NOTARIADO ACTUAL se orienta hacia una esfera de competencia más amplia que la tradicional, centrada básicamente en la formalización de actos jurídicos. El notario es mucho más que un generador de un documento auténtico. Las nuevas tendencias de la función notarial incluyen la participación del notario en todos los actos que, tradicionalmente, son conocidos como *jurisdicción voluntaria*, así como en los llamados medios alternativos de resolución de conflictos, como la *mediación* o el *arbitraje*;³⁵⁰ la participación del notario en el desarrollo económico de la comunidad, principalmente a través de la *titulación masiva* y de su colaboración en el combate al lavado de activos o lavado de dinero, y, por supuesto, de manera muy importante, incluye la inserción plena del notariado en la *sociedad de la información*.

El problema toral en este tema es definir cuál debe ser la competencia natural y normal del notariado. Es decir, qué actos debe comprender la función notarial. En primer término, lo que se presenta, es una tendencia *desjudicializadora* que supone la autorización al notario para conocer de algunos actos de los llamados de jurisdicción voluntaria, principalmente los de contenido patrimonial, que tradicionalmente están radicados en sede judicial. Este aspecto comprende todas aquellas actuaciones del notario que impliquen un camino alternativo en atribuciones que, tradicionalmente, han venido desempeñando los jueces.

La participación del notariado en actos de jurisdicción voluntaria es una aspiración de larga data. Ya en el primer *Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino* celebrado en la ciudad de Buenos

³⁵⁰ ADR, por sus siglas en inglés. *Alternative Dispute Resolution*.

Aires, en 1948, se estableció que para el notariado latino “es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esa expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos exclusivamente a la competencia notarial.” Con diferentes matices el tema ha sido prácticamente incluido desde entonces en todos los Congresos de la Unión. De manera muy puntual en el XX Congreso celebrado en Cartagena, Colombia, en 1992, bajo el tema “La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contencioso” se concluyó:

La Comisión Primera del XX Congreso del Notariado Latino, examinadas todas las relaciones procedentes a los diversos países miembros de la Unión y participantes en el evento, después de largo y atento debate en torno a la naturaleza jurídica de la institución en que se ha denominado comúnmente <<Jurisdicción no Contenciosa o Voluntaria>>, así como la aplicación de esa materia en los diversos países, ha constatado:

Primero: Que en realidad la <<Jurisdicción Voluntaria o no Contenciosa>> no es una verdadera y propia jurisdicción, en sentido propio y estricto, porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad o del conflicto, ni el efecto de la cosa juzgada.

Segundo: Que existe la preocupación, compartida por todos los representantes, de la necesidad de descongestionar las actividades y casos no jurisdiccionales a las oficinas de los juzgados y tribunales, para lograr uno de los bienes más deseados en todos los países, como es la agilización de la justicia.

Tercero: Que en el curso de los últimos años ha venido sucediendo un acrecentamiento cultural y social de la función y servicio notarial que conduce y coloca al notariado latino a la vanguardia de las distintas categorías profesionales y lo sitúa en un lugar preferente entre ellas, como intérprete de primer grado tanto de la norma, como de los hechos y de la voluntad de los ciudadanos.

Cuarto: Que el notariado latino cuenta con la formación adecuada (profesionales del derecho), se halla investido de fe pública (encargados de una función pública), dispone de los medios técnico-jurídicos necesarios (instrumento público) y desempeña ya en los varios países

miembros, algunas funciones que forman parte de la denominada <<Jurisdicción Voluntaria o no Contenciosa>>.”

Miguel Ángel Campo Güerri abordó este asunto en la ponencia presentada por el Notariado Español en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Punta Cana, República Dominicana, en junio de 2010, bajo el título *La competencia notarial en asuntos no contenciosos*, en donde empieza por advertir que el título de la ponencia evoca dos cuestiones fundamentales: “por un lado, la permanente reivindicación del Notariado reclamando el reconocimiento de competencias para el desarrollo de actuaciones que tradicionalmente se engloban bajo el título de Jurisdicción Voluntaria; y por otro, la extraordinaria complejidad de esta materia, que se manifiesta, incluso, en su propia denominación”. Considera que determinar la competencia de la función notarial entraña una enorme dificultad que se manifiesta en diferentes aspectos: naturaleza, denominación, contenido o procedimiento.

Respecto a la *naturaleza* de los asuntos de competencia notarial estima que son de una variedad tan extraordinaria “que pretender tratar su naturaleza como una unidad nos parece tarea del todo estéril”. No obstante, agrega, “si queremos resaltar como idea básica una de las conclusiones del XX Congreso Internacional, de Cartagena de Indias, de 1992, en el que se constató <<Que en realidad la *Jurisdicción Voluntaria o no Contenciosa* no es verdadera y propia jurisdicción, en sentido propio y estricto, porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad o del conflicto, ni el efecto de la cosa juzgada>>. Creemos que cuando esta certeza pueda ser aceptada sin prejuicios se habrán superado buena parte de los obstáculos que dificultan su desjudicialización”.

En mi opinión, en congruencia con lo que hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la competencia natural de los asuntos notariales, es la *seguridad cautelar*. En principio, todo asunto que tenga como propósito garantizar la seguridad cautelar, es inherente a la función notarial. Es un problema de política legislativa, de acuerdo con las circunstancias

propias de cada país, el determinar que asuntos de naturaleza cautelar deben radicarse en sede notarial, cuáles deben corresponder de manera exclusiva a otras instituciones, como el Poder Judicial o el Registro Público, y, finalmente, cuáles deben ser compartidas. Pero será siempre, en todo caso, la naturaleza cautelar lo que permita que un asunto pueda estar radicado en sede notarial.

En cuanto al debate sobre la *denominación* de los asuntos de la competencia notarial, aunque como relata Campo Güerri, parece poco fecundo, debe reconocerse que es una cuestión que ha preocupado continuamente. “Así, ya en el VIII Congreso Internacional, de México, en 1965, se declaró que <<el término *jurisdicción voluntaria* no satisface por ser equívoco y debe buscarse una denominación específica para aquellos actos actualmente encuadrados en el concepto genérico de jurisdicción voluntaria, que, por su naturaleza, correspondan a la competencia notarial>>”. Continúa Campo Güerri diciéndonos que en la IV Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada también en la Ciudad de México en 1988, se recomendó utilizar la denominación “Procesos o procedimientos no contenciosos en sede notarial”, pero que fue en el XX Congreso Internacional, de 1992, donde se acuñó la denominación “que hasta hoy parece más aceptada y que adopta la presente XIV Jornada <<Competencia notarial en asuntos no contenciosos>>.”

A mi entender considero que el término, que de manera más fiel, capta la esencia de la función notarial y que por lo mismo propongo para identificar la competencia propia del notario, es el de ***jurisdicción cautelar***. Ciertamente esta expresión tiene el inconveniente de utilizar el concepto “jurisdicción” que tiene una clara connotación de autoridad, y específicamente de autoridad judicial. Sin embargo, si nos atenemos a sus raíces latinas, la palabra jurisdicción proviene de las voces *jus*, derecho, recto, y *dicere*, proclamar, declarar, decir, de donde jurisdicción significa *proclamar el derecho*.³⁵¹ Pero la proclamación del Derecho que hace el notario tiene siempre un sentido de *seguridad*

³⁵¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. 2009. Pág. 2226.

cautelar. El notario, al autorizar un documento, está diciendo el Derecho con efecto cautelar. Por ello, en mi concepto, la expresión *jurisdicción cautelar* refleja fielmente lo que hace el notario en su ministerio.

Al margen de otros temas como el de si se debe prever una regulación genérica para todos los asuntos o configurar expedientes distintos para cada uno de ellos, o si se deben atribuir competencias compartidas o exclusivas, o si se requiere exigir homologaciones o aprobaciones judiciales posteriores o considerar suficiente la actuación del funcionario en quien se delegue, considera Campo Güerri que existe un punto “en el que los autores y las instituciones se pronuncian con **práctica unanimitad**: la imperiosa necesidad de descongestionar los juzgados y tribunales, descargándoles de trabajo y concentrando su actuación en tareas jurisdiccionales” (se entiende jurisdiccionales contenciosas).

Para Campo Güerri, “es imprescindible la descarga de trabajo, ya que en las últimas décadas la judicialización de todo tipo de conflictos ha experimentado tal imparable crecimiento que ha congestionado, cuando no paralizado, la administración de justicia, provocando demoras y retrasos injustificables en nuestra realidad actual. Hoy es una necesidad social ineludible la tramitación y resolución mucho más ágil de los asuntos y conflictos encomendados a los órganos jurisdiccionales, sin más dilaciones que las que se deriven del respeto al principio de seguridad jurídica y a las garantías fundamentales del proceso. La propia Constitución, cuando postula el derecho a la tutela judicial efectiva, exige un proceso sin demoras injustificadas.”

El problema práctico que se presenta en este asunto es, como ya apuntábamos líneas arriba, el de determinar en cada país, según su propio sistema y sus circunstancias particulares, que asuntos deben ser autorizados para el ejercicio de la función notarial.

La jurisdicción contenciosa, como es obvio, es exclusiva de la administración de justicia. Pero los órganos jurisdiccionales conocen también, tradicionalmente, de asuntos no contenciosos. Esta práctica desvirtúa la naturaleza propia de estos órganos e incide negativamente

en su función al cargarlos de asuntos que los distraen de su principal actividad que es la de resolver litigios. En tal sentido, la Recomendación del Consejo de Europa de 1986 manifiesta que en una situación como la actual “carece de sentido seguir atribuyendo a los órganos judiciales la realización de tareas no jurisdiccionales; tal cosa no repercute más que en disfunciones para la Administración de Justicia (que se debe primordialmente al desarrollo de su función propiamente jurisdiccional): y para los interesados, que ven cómo un asunto que podría tramitarse fácil y económicamente en otra sede, ha de esperar para una resolución, el orden de tramitación propio de los órganos jurisdiccionales”.³⁵²

Partiendo pues del principio de que sólo lo contencioso es exclusivo del órgano jurisdiccional, todo lo demás, puede ser materia de otros órganos. En tal virtud, Juan Alberto Belloch Julbe, citado por Campo Güerri, ha dicho “que hasta hoy han sido esencialmente circunstancias de índole histórica, y no principios dogmáticos, los criterios de orientación de los procesos en virtud de los cuales se ha llegado a producir el actual marco de distribución competencial entre jueces, secretarios judiciales, notarios y registradores (por solo señalar los protagonistas más caracterizados), en orden a su intervención en los diversos procedimientos de jurisdicción voluntaria.”³⁵³

Ello conduce a Campo Güerri, siguiendo a Belloch Julbe, a proponer, fundándose en la Constitución Española, un criterio de distribución de competencias en los siguientes términos:

“Siempre que a través de un <<procedimiento voluntario>> se trate de amparar cautelarmente alguno de los <<derechos fundamentales y libertades públicas>> de la sección 1º del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, en la medida que el propio texto constitucional ha impuesto a la Jurisdicción ordinaria un mecanismo específico de <<plus protección>>, parece razonable seguir apostando por mantener tales procedimientos dentro del ámbito de la función

³⁵² CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* Pág. 513.

³⁵³ *Ídem.* Pág. 515.

judicial. Y, en sentido opuesto, siempre que se trate de los restantes <<derechos y deberes de los ciudadanos>> (esto es, los de la sección 2º del propio Capítulo y Título) parecería igualmente razonable desjudicializar los procedimientos voluntarios tendentes a su amparo cautelar, desde el momento en que el derecho a la tutela efectiva se satisface plenamente con la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria cuando el correspondiente procedimiento (por haber surgido oposición o contienda) devenga en contencioso.”

Como consecuencia de este criterio, aclara Campo Güerri “entendemos que quedarían reservados a la esfera judicial los procedimientos cautelares tendentes al amparo de los derechos de la personalidad, la tutela judicial efectiva, así como las cuestiones relativas a la incapacitación de las personas y los mecanismos de su guarda y protección personal. Y cabría desjudicializar los referentes al derecho de propiedad privada, sucesiones, libertad de empresa, formas del matrimonio y su disolución, y, en general los de contenido y trascendencia exclusivamente patrimonial.”³⁵⁴

Por su parte, Seoane Cacharrón³⁵⁵ considera que una futura Ley de Jurisdicción Voluntaria en España, además de reconocer competencias a los Secretarios Judiciales para la tramitación y resolución definitiva de asuntos de Jurisdicción Voluntaria, deberá distinguir entre actos de Jurisdicción Voluntaria de naturaleza judicial, que serían propios de Jueces y Secretarios Judiciales y actos de naturaleza administrativa que corresponderían a notarios y registradores, sin que se pretendiera conceder competencias exclusivas a estos, privando a los ciudadanos de un servicio público de la Justicia para garantizar sus derechos ante los tribunales.

En tal virtud propone como competencias compartidas entre los Secretarios Judiciales y los notarios las siguientes:

"1. Deslinde y amojonamiento.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ SEOANE CACHARRÓN, Jesús. *Órgano principal en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Diario la Ley 7718/2012.

2. Consignación.

3. Declaración de herederos ab intestato. No tiene justificación, como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ni congruencia con los principios que han de regir en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, mantener la exclusividad de los Notarios cuando se trate de herederos de ascendientes, descendientes y cónyuge establecida en la Ley 10/1992 de 30 de abril.

4. Presentación, adveración y protocolización de testamentos cerrados, de testamentos ológrafos y testamentos otorgados en forma oral.

5. Albaceazgo.

6. Contadores partidores.

7. Depósitos en materia mercantil y venta de bienes depositados.

8. Apertura de escotillas.

9. Depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo.

10. Celebración de matrimonios. Es un acto de jurisdicción voluntaria que la Recomendación del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986, aconseja descargar del trabajo de los Jueces para encomendarlos a otras personas u órganos.

11. Separación y divorcio de mutuo acuerdo."³⁵⁶

En conclusión, podemos decir, que el ámbito natural de actuación de un notario es el de todos aquellos actos entre particulares, de carácter **no contencioso**, pero que por su relevancia requieren la intervención de un control de legalidad **cautelar**, es decir, lo que hemos llamado **jurisdicción cautelar**. Dentro de estos asuntos, tendríamos que distinguir, los que tienen que ver con la condición de las personas y los que tienen un contenido de carácter preponderantemente patrimonial.

³⁵⁶ *Ídem.*

Así, las cuestiones relativas a la patria potestad, tutela, adopción, menores, incapacitados, deben seguir radicadas en sede judicial, de manera exclusiva. Sin embargo, cuando solo se afecte el interés del compareciente, como por ejemplo, la designación de su propio tutor en caso de llegar a encontrarse en estado de incapacidad o en el llamado testamento vital, para que a la persona no se le someta a tratamientos médicos inútiles que solo tienen por objeto prolongar la vida cuando ya no hay ninguna posibilidad de recuperar una vida digna, o el divorcio voluntario cuando no hay hijos menores ni problema alguno con los bienes, o bien, cuando simplemente se trate de acreditar algunos hechos relacionados con la situación de las personas, como por ejemplo, la prueba de vida de una persona, el uso reiterado de un nombre, la existencia de un domicilio, un acta de identidad, etc., pueden conocer los notarios. De otra parte, asuntos como diligencias de apeo y deslinde, diligencias de inmatriculación o información de dominio, cambio de régimen matrimonial, juicios sucesorios en los que no haya menores ni controversia entre los herederos, deben poder radicarse en sede notarial. En todos estos casos, el notario se convierte en un valioso auxiliar de la administración de justicia, al descargarla de asuntos que no constituyen el ejercicio propio de su función natural, que es la de resolver litigios; es decir, aplicar la ley al caso concreto controvertido. Sin embargo, comparto plenamente la opinión de Seoane Cacharrón en el sentido de que ampliar las atribuciones de los notarios a estos actos, no significa suprimirlas a los juzgadores, o en su caso, a los Secretarios Judiciales. Las atribuciones de estos funcionarios se deben de conservar como están, y ofrecerse, además, una alternativa a los gobernados para que, si lo prefieren, puedan realizar estos actos en la vía notarial.

1.1.Competencia notarial en el Estado de México.

En el Estado de México, contrariamente a la tendencia general que se observa en todos los países de notariado latino e inclusive en otras entidades de la República y en el Distrito Federal, la intervención del notario en actos de lo que he llamado *jurisdicción cautelar*, es bastante

precaria; se ha limitado a la tramitación de juicios sucesorios (testamentarios o intestamentarios). Resulta incomprensible, que otorgándosele al notario la gran responsabilidad de tramitar juicios sucesorios no se le confíe la responsabilidad de otros actos como los que hemos señalado. Ampliar el ámbito de actuación del notario a estos procedimientos, sería de gran ayuda para la administración de justicia y para el funcionamiento de la Institución Registral, y representaría una alternativa para el gobernado, quien podría optar entre acudir a la vía jurisdiccional o administrativa o bien a la vía notarial, para tramitar sus asuntos.

Los procedimientos no contenciosos que regula la ley del notariado del Estado de México son: el procedimiento sucesorio testamentario y el procedimiento sucesorio intestamentario.

1.1.1. Tramitación sucesoria.

En la actualidad los notarios del Estado de México pueden tramitar íntegramente las sucesiones, ya sea testamentarias o intestamentarias. Anteriormente, los notarios sólo podían abrir sucesiones testamentarias y por lo que se refería a los intestados estos tenían que abrirse o denunciarse ante el juez familiar y sólo, hasta después de la declaración de herederos y nombramiento de albacea, se podía pedir la separación del juicio del juzgado familiar y continuar el trámite ante notario. De acuerdo con la legislación vigente, ya se pueden tramitar ambas sucesiones ante notario cuando se reúnen los siguientes requisitos:

1. Que todos los herederos sean personas capaces.
2. Que no haya controversia alguna entre los herederos.

Lo anterior está establecido en los artículos 123 y 126 de la LNEM y 4.77 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Artículo 123. Cuando en un testamento, todos los herederos instituidos sean personas con capacidad de ejercicio, el procedimiento sucesorio testamentario podrá tramitarse ante notario.

Artículo 126. Cuando los herederos sean mayores de edad y no exista conflicto de intereses entre estos, el procedimiento sucesorio intestamentario podrá tramitarse ante notario.

Artículo 4.77. La tramitación de la sucesión, podrá realizarse ante notario, cuando no haya controversia alguna.

a) Procedimiento sucesorio intestamentario. Para iniciar el notario el trámite de una sucesión intestamentaria, a petición de los presuntos herederos, radicará la sucesión. En la escritura de radicación, en cumplimiento del artículo 69 del Reglamento de la Ley del Notariado del Estado de México, el notario hará constar:

- El consentimiento de todos los presuntos herederos para que la sucesión se tramite notarialmente, manifestando bajo protesta de decir verdad que no tienen conocimiento que además de los comparecientes exista alguna otra persona con derecho de heredar.
- Que le fueron exhibidos la partida de defunción del autor de la sucesión y los documentos del Registro Civil que acreditan su entroncamiento.

Una vez radicada la sucesión, haciéndose constar lo anterior, el notario recabará del Archivo General de Notarias del Estado de México, del Registro Público y del Archivo Judicial, informes a cerca de la existencia de algún testamento y además ordenará dos publicaciones de un extracto de la escritura de radicación, que deberán de hacerse con un intervalo de siete días hábiles, en el periódico oficial “Gaceta del Gobierno” y en un diario de circulación nacional.

Cumplido lo anterior, en un segundo instrumento y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 71, del citado Reglamento, el notario procederá a:

- Tomar la declaración de dos testigos idóneos, quienes declararán bajo protesta de decir verdad, si los comparecientes son las únicas personas con derecho a heredar.
- Hacer constar que los comparecientes se reconocen recíprocamente sus derechos hereditarios.
- Hacer constar la designación del albacea, su aceptación y discernimiento del cargo, así como la constitución o dispensa de la caución correspondiente.

Sobre la cuestión del discernimiento, ASPRÓN PELAYO,³⁵⁷ refiriéndose a la legislación del Distrito Federal comenta que, es “una práctica viciada el que los jueces le discernan el cargo al albacea, ya que no hay disposición alguna en la que se basen para ello” y refiere que “el *discernimiento* es la aprobación que habilita al tutor que ya cumplió con todos los requerimientos legales, para poder iniciar sus funciones.” Sin embargo, en el estado de México, sí hay base legal para que los notarios procedan al discernimiento del cargo, pues lo exige así el reglamento de la Ley del Notariado en el artículo 71, fracción III, que establece que el notario en un segundo instrumento procederá a “hacer constar la designación de albacea, su aceptación y *discernimiento* del cargo...”.

Finalmente en una tercera escritura, que se denomina *de adjudicación*, el notario hará constar:

- El inventario y avalúo de los bienes de la sucesión formulado por el albacea.
- La aprobación de las cuentas de administración o la dispensa de su rendición por parte de los herederos.

³⁵⁷ ASPRÓN P. Juan Manuel. *Óp. Cit.* Pág. 164

- La aprobación del proyecto de partición de la herencia por parte de los herederos.

b)Procedimiento sucesorio testamentario. Para la tramitación de una testamentaría en sede notarial, deberán comparecer el albacea, si lo hubiere y los herederos, exhibiendo el acta de defunción del *de cuius* y el testimonio del testamento.

En términos generales el procedimiento es el mismo que para la sucesión intestamentaria, con las siguientes diferencias:

- No se requieren las publicaciones que el artículo 70 del Reglamento exige para los intestados.
- Se reconoce, en su caso, la validez del testamento.
- No hay declaración de herederos sino reconocimiento de derechos hereditarios.
- Si hay albacea testamentario se procederá a hacer constar, en su caso, la aceptación del cargo y discernimiento del mismo. Si no hubiese albacea nombrado, o por fallecimiento o no aceptación del cargo, los herederos procederán a nombrarlo.

2.El notario y los medios alternativos de resolución de conflictos, como la mediación o el arbitraje. El arbitraje. Características. Ventajas. Antecedentes.

El fin natural de la función notarial es, como hemos dicho, generar la seguridad jurídica cautelar o preventiva. Sin embargo, a pesar de la intervención del notario y, sobre todo, en aquellas transacciones de comercio nacional o internacional en las que no interviene el notario, se producen conflictos que muchas veces terminan en los tribunales.

Con el propósito de evitar los costes y la duración de un litigio ante los tribunales,³⁵⁸ y, tratándose de comercio internacional, problemas de

³⁵⁸ LORCA NAVARRETE, Antonio M. ^a ; *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*; Editorial Tecnos S.A.; 1989; Madrid, España; Pág. 31. “Comparado con la justicia que imparten jueces y tribunales estáticos, el

competencia y de legislación aplicable, con frecuencia se acude, sobre todo en países del *Common Law*, al empleo de medios alternativos de solución de conflictos, ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

En el sistema de *Common Law* y, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, bajo los auspicios de la AAA (*American Arbitration Association*),³⁵⁹ los ADR tienen gran utilidad para la solución de un buen número de controversias, y, dentro de ellos, se pueden distinguir diversas figuras como la negociación,³⁶⁰ la conciliación o mediación.³⁶¹ Mini-juicios,³⁶² *Rent a Judge*³⁶³ y *Court-Assisted ADR*.³⁶⁴

En términos generales, en la solución alternativa de un conflicto jurídico, podemos distinguir dos posibilidades: la mediación que consiste en la intervención de un tercero neutral, pero cuya resolución no puede imponerse a las partes,³⁶⁵ y el arbitraje, que sí tiene efectos

arbitraje presenta, sin duda, ventajas que justifican su utilización en alza. Ello se debe a que el proceso arbitral es, por esencia, muy *simple e informal*, frente a las formas *ordinarias* que adoptan los trámites procesales ante juzgados y tribunales, que, por lo general, son *pesadas, lentas y excesivamente formalistas*, características que en el momento actual aparecen como incuestionables y se hallan en progresión con la importancia del asunto.”

³⁵⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, *México ante el arbitraje comercial internacional*, Editorial Porrúa, 1era edición, México, 1999, Pág. 39.

³⁶⁰ *Ídem*. Pág. 40. “Es el medio más recomendable, más económico y con mayores beneficios para las partes. Es el hecho de que ambas partes, directamente o mediante la intervención de sus abogados, analicen la situación y con el medidor universal de la justicia, lleguen a un acuerdo que sea fácil de realizar.”

³⁶¹ *Ibidem*. “la conciliación o mediación es un método no judicial en donde participa un tercero –conciliador o mediador- imparcial en la resolución de una controversia, esclareciendo diversos puntos controvertidos y proponiendo fin a la misma mediante una opinión que carece en todo sentido de obligatoriedad para las partes. El conciliador o mediador, además, participa como vía de comunicación entre las partes, evitando contacto directo entre ellas.”

³⁶² *Ídem*. Pág. 42. “mejor conocidos en el sistema del Common Law como “Mini-Trials” es un mecanismo altamente utilizado por empresas en los Estados Unidos de América. Aunque existen muchas maneras de llevar a cabo este mecanismo, el denominador común es el siguiente: se celebra una audiencia ante un panel formado por una tercera parte neutral y un representante de alto nivel de cada una de las empresas, quienes no deberán estar involucradas en la disputa y quienes se regirán por las reglas procesales que las mismas partes acuerden. [...] El tercero neutral generalmente da una opinión legal en sentido de informar a las partes cómo sería una sentencia si fuesen a litigio para que el panel pueda encontrar una solución justa.”

³⁶³ *Ídem*. Pág. 44. En este caso, las partes solicitan a un juez retirado que se encargue de la decisión. El tercero involucrado ya no se encuentra investido de la autoridad que contaba cuando era un representante del Poder Judicial y por lo tanto su decisión carece de obligatoriedad, pero su experiencia hace que sea un juicio en esencia, pero totalmente informal.

³⁶⁴ *Ibidem*. Éste mecanismo ha operado satisfactoriamente en los Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y China. Consiste en que un abogado con amplia experiencia en el tema sea designado por una corte para que, en una etapa inicial de un procedimiento judicial, analice el caso y exprese a las partes su opinión sobre el sentido de la posible resolución. Si las partes deciden acatar la decisión, habrán ahorrado dinero y tiempo, y tendrán la idea de que resolvieron el asunto de una manera amigable y no con un pleito en una corte judicial, sentimiento que definitivamente no tendrán al finalizar el litigio.

³⁶⁵ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, *Óp. cit.* Pág. 43.

vinculatorios y puede, por tanto, ser ejecutado coercitivamente por el Estado,³⁶⁶ previa homologación que se haga del mismo.

Podemos definir el arbitraje, siguiendo a Pérez Fernández del Castillo como “un contrato típico en virtud del cual dos o más personas llamadas comprometentes, se obligan a sujetar a la decisión de un árbitro o un tribunal arbitral sus actuales o futuras diferencias jurídicas en un asunto determinado sea contractual o extracontractual de acuerdo con el procedimiento permitido por la ley.”³⁶⁷ Agrega por su parte Beltrán Baldares que en el convenio privado que establece el arbitraje, las partes señalan al tribunal arbitral “los términos básicos de su misión, el derecho aplicable al fondo de la controversia, las reglas del procedimiento, lugar e idioma en que se deberá desarrollar el arbitraje.”³⁶⁸ Además –continúa Beltrán Baldares, quien cita a su vez a Cecilia Azar Manssur- las ventajas que ofrece el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias, son las siguientes:

-*Flexibilidad*: el procedimiento arbitral está diseñado por acuerdo de las partes, en función de sus necesidades. Las reglas son flexibles, el procedimiento tiene menos formalidades y es menos contencioso.

-*Rapidez*: no existe recurso de apelación y se acotan las razones por las cuales se puede interponer amparo. Ello evita el abuso del juicio de garantías y acorta el procedimiento.

-*Confidencialidad*: en el arbitraje no existe la obligación de publicar el estado del procedimiento y las decisiones que toman los árbitros. Ello

³⁶⁶ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos. Pág.38. Este autor, citando a Alcalá Zamora, separa las diversas formas de solucionar controversias en dos corrientes:

1.Los medios metéos autocompositivos: de acuerdo con los cuales no se pronuncia un laudo. Las partes dirimen la controversia por ellas mismas o por un tercero denominado conciliador o mediador quien no tiene facultades decisorias.

2.Los medios metéos heterocompositivos. De acuerdo con los cuales la persona que resuelve, llámese juez o árbitro tiene plenas facultades decisorias.

³⁶⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. El arbitraje internacional en México. En el marco latino americano. Revista Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México. Año 4, Número 7. Otoño 2001.

³⁶⁸ BELTRÁN BALDARES, Leonardo A. Praxis del acuerdo arbitral. Revista Escriba, Revista del Colegio de Notarios del Estado de México. Año 4, Número 6. Primavera 2001

beneficia a las empresas, particularmente a aquéllas que cotizan en la bolsa.

-Especialización de los árbitros: el arbitraje ofrece la posibilidad de elegir a especialistas en la materia de litigio. La participación de las partes en la constitución del tribunal arbitral favorece el cumplimiento voluntario de las resoluciones arbitrales. El árbitro tiene un contacto directo con el expediente y con las partes, tiene oportunidad de conocer mejor el caso.

-Independencia e imparcialidad de los árbitros: la regulación del procedimiento arbitral impone la obligación a los árbitros de declarar su independencia con las partes y su imparcialidad frente a los puntos controvertidos. Ello evita la corrupción y por ende reduce la duración y el costo del procedimiento.

-Ejecutabilidad del laudo en México y en el extranjero: la legislación interna y las convenciones que México ha ratificado, aseguran la ejecución de un laudo arbitral tanto en México como en el extranjero.³⁶⁹

El inicio del arbitraje privado comercial internacional en la era moderna o contemporánea –dice Rodríguez González-Valadez- lo marca el Protocolo de Ginebra de 1923.³⁷⁰ En el año de 1927 se firma la Convención de Ginebra para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros³⁷¹ y en el año de 1958 se celebra la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como *Convención de Nueva York*.³⁷² La Comisión de las

³⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 21.

³⁷⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos. *Óp. Cit.* Pág. 66.

³⁷¹ *Ibidem*. Al decir de Carlos Rodríguez González-Valadez: “Tuvo efectos limitados, porque se aplicaba únicamente respecto de laudos que fueren dictados en algunos de los estados contratantes, y que fueren resultado de un litigio entre partes, que fueran ambas nacionales de estados contratantes.”

³⁷² http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html “Aunque esta Convención, aprobada por una conferencia diplomática el día 10 de junio de 1958, fue preparada por las Naciones Unidas antes de que se creara la CNUDMI, la Comisión promueve la adopción de régimen de esta Convención como parte integrante de su programa de trabajo. La Convención está reconocida como uno de los instrumentos fundacionales del arbitraje internacional, y su texto exige que todo foro judicial competente de un Estado contratante ante el que se interponga una acción concerniente a una cuestión que haya sido objeto de un acuerdo de arbitraje o de una cláusula compromisoria remita dicha causa a arbitraje, al tiempo que dicho foro deberá también reconocer y dar fuerza ejecutoria a todo laudo arbitral emitido en algún otro Estado, a reserva de ciertas excepciones de imitado alcance. Esta Convención entró en vigor el 7 de junio de 1959.” (2010,

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL)³⁷³ aprobó el 21 de junio de 1985 la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.³⁷⁴ Antes, en 1976 la propia CNUDMI había aprobado el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.³⁷⁵ En 1978 tiene lugar la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida como *Convención de Panamá* y en 1987 se celebra la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, conocida como Convención de Montevideo. En el marco de la Unión Europea, dice Pérez de Madrid Carreras, la Cumbre de Tampere insistió en la necesidad de desarrollar mecanismos capaces de aligerar o sustituir a los sistemas judiciales tradicionales.³⁷⁶ El 21 de mayo de 2008, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron la directiva 2008/52 CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en

Autor: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, fecha de consulta: jueves 18 de febrero de 2010, 12:30 horas.)

³⁷³ Véase *Supra*. Pág. 121.

³⁷⁴ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (Última fecha de modificación: febrero 2010, Autor: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; fecha de consulta: 22 de febrero de 2010, 16:10 horas.)

La Ley Modelo está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

³⁷⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html (Autor: CNUDMI; s/f; fecha de consulta: lunes 01 de marzo de 2010; 10:01 horas.) Aprobado por la CNUDMI el 28 de Abril de 1976, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI constituye un régimen procesal completo, al que las partes podrán hacer remisión en su acuerdo de arbitraje, para la sustanciación de las actuaciones en orden a la solución de toda controversia que surja en su relación comercial, ya sea ante un tribunal institucional o ante un tribunal constituido para el caso controvertido. Este reglamento, que se ha utilizado para arbitrajes muy diversos, regula todos los aspectos del procedimiento arbitral, contiene una cláusula compromisoria modelo y regula la designación de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones y la forma, el efecto y la interpretación del laudo.

³⁷⁶ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio; *Óp. cit.* Pág. 43.

<http://www.elmundo.es/1999/10/17/europa/17N0034.html> “El Consejo Europeo asumió ayer en Tampere (octubre 1999) el principio de reconocimiento mutuo de sentencias entre los Estados miembros, tanto en el ámbito civil como en el penal, tal y como defendían España, Francia y Gran Bretaña. Los quince señalan en el documento final de conclusiones de la Cumbre que esta decisión es <<la piedra angular de la cooperación judicial>>, y encargan, en consecuencia, a la Comisión Europea y al Consejo de ministros que adopten <<antes de diciembre del 2000, las medidas necesarias para llevarla a la práctica. La Cumbre de Tampere fue definida ayer por muchos de los participantes en ella como un <<paso sustancial>> en la construcción europea. [...] el presidente del Gobierno José María Aznar, calificó esta iniciativa, siguiendo la textualidad de la Declaración final de Tampere, como la <<auténtica piedra angular>> de la cooperación entre las justicias de los quince.

asuntos civiles y mercantiles cuyo objetivo es, se dice en el artículo 1º, "facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial."³⁷⁷

2.1. El arbitraje en España.

En España, la Ley de Arbitraje del 5 de diciembre de 1988, derogó la anterior Ley de 1953³⁷⁸ (LAP) que, al decir de Lorca Navarrete, regulaba un arbitraje "*rígido y extremadamente formal* que obligaba a ser concertado formalmente mediante escritura pública,"³⁷⁹ además de ser excesivamente nacionalista.³⁸⁰

La nueva Ley de 1988, siguiendo a Lorca Navarrete, eliminó la distinción que hacía la LAP entre contrato preliminar de arbitraje y el compromiso arbitral, así como la rigidez formal que exigía que el compromiso se formalizara en escritura pública. Se aceptó asimismo la posibilidad de deferir a un tercero la facultad de hacer el nombramiento de los árbitros que prohibía la derogada LAP y reconoce el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, para fijar el procedimiento arbitral. Sin embargo, explica Lorca Navarrete, que en materia de *arbitraje internacional* "quizá lo más acertado hubiera sido, como ya ha puesto de relieve la doctrina, que en este punto el legislador sin más hubiese trasladado al texto de la Ley o simplemente se hubiese remitido al contenido del Convenio de Nueva York sobre ejecución de sentencias extranjeras, acogiendo asimismo las previsiones que se hayan recogidas en la Ley-tipo UNCITRAL, lo que habría colocado al Reino de España a la cabeza de la evolución legislativa en materia de arbitraje comercial internacional, ya que no debe parecer oportuno esperar a disponer de las experiencias de los países vecinos, para, al final, admitir las ventajas de un modelo-tipo, en el que han participado un número importante de especialistas y cuya adopción en países de

³⁷⁷ Diario Oficial de la Unión Europea. Directiva 2008/52 CE.

³⁷⁸ Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953. LAP

³⁷⁹ LORCA NAVARRETE, Antonio María; *Óp. cit.* Pág. 53

³⁸⁰ *Ibidem.*

tan poca tradición arbitral como Chipre ha hecho que asuma en los últimos tiempos un papel importante en el desarrollo del arbitraje comercial internacional.³⁸¹

No obstante los evidentes avances que presentó la Ley de 5 de diciembre de 1988, según precisa Lorca Navarrete, el 23 de diciembre de 2003, se promulgó la Ley 60/2003 de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, en cuya exposición de motivos, después de reconocer los méritos de la Ley de 1988, considera que "resulta necesario impulsar otro nuevo e importante avance en la regulación de la institución mediante la señalada incorporación de nuestro país al elenco creciente de Estados que han adoptado la Ley Modelo. Además, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 36/1988 ha permitido detectar en ella lagunas e imperfecciones. El arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. La Legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas. Por consiguiente, tanto las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje como la acomodación a la Ley Modelo hacen necesaria la promulgación de esta Ley." Es de destacarse que la Ley supera la objeción que hace Lorca Navarrete respecto de laudos extranjeros y expresamente, hace referencia en el punto 2, del artículo 46, a esta circunstancia. Dice así: "El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros." Más aún, por reforma del 21 de mayo de 2011, a la Ley 60/2003 de Arbitraje, se ampliaron las

³⁸¹ LORCA NAVARRETE, Antonio; *Óp. cit.* Pág. 54

atribuciones del Tribunal Superior de Justicia en materia de exequátur o solicitudes de reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, que antes correspondían a los Juzgados de Primer Instancia y los Juzgados de lo mercantil, para que ahora el Tribunal Superior, con un ámbito territorial con mayor visibilidad a efectos de arbitraje internacional, permita alcanzar una mayor unificación de criterios de lo que acontecía con las Audiencias Provinciales.

2.2. El arbitraje en México.

La evolución del arbitraje en México la reseña Pereznieto Castro, quien afirma que tanto el Derecho castellano como el indiano previeron la posibilidad de comprometerse en árbitros.³⁸² Sin embargo, continúa este autor, en 1842 se establecieron tribunales mercantiles que eliminaron la posibilidad de ir al arbitraje. Con el Código de Comercio de 1854 -llamado "Código Lares"- se restableció el arbitraje comercial.³⁸³ El Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos de 1854 no previó el procedimiento arbitral como método alternativo de solución de controversias.³⁸⁴ El actual Código, que data de 1889, sí considera el arbitraje al disponer, en el artículo 1051, que "el procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional". Este artículo fue modificado para establecer que el procedimiento mercantil preferente pudiera ser "un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral". Explica Pereznieto que el hecho que la ley exigiese como requisito de validez para la cláusula compromisoria, que constara en escritura pública ante notario juez, inhibió el desarrollo del arbitraje por su excesiva formalidad.³⁸⁵ Con la ratificación, nos dice Pereznieto, por parte de México, de la Convención de Nueva York, en 1971, se eliminó dicha formalidad para las cláusulas compromisorias contenidas en contratos internacionales, ya que conforme a dicho

³⁸²PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*. Limusa. México, 2009. pág. 23. "El arbitraje tiene raíz antigua en el Derecho mexicano. Fue una institución prevista en los primeros documentos del México Independiente cuando se aplicó todavía la Constitución de Cádiz en pocos años y en ella se consagraba como garantía constitucional el recurrir al arbitraje para defender los derechos de los ciudadanos." Pág. 7.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ *Ibidem*

³⁸⁵ *Ídem*. Pág. 24.

instrumento internacional, el acuerdo arbitral se puede celebrar por escrito sin ninguna otra formalidad.

Actualmente México, informa Pereznieto, es parte de la Convención de Nueva York y ratificó los convenios interamericanos en la materia: la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 y la Convención de Montevideo sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros. A nivel bilateral, México firmó con España la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil.³⁸⁶

De acuerdo con Pérez Fernández del Castillo,³⁸⁷ en México y América Latina, la cultura arbitral se ha venido desarrollando desde los años setentas. Manifiesta que a partir de entonces se inicia un proceso de integración económica regional que llevó a México a la firma del Tratado de Libre Comercio América del Norte (TLCAN) y que “la influencia de las nuevas corrientes internacionales ha sido tan determinante para Latinoamérica que, por ejemplo, en México, en los últimos quince años, se han modificado más de 100 leyes e incluso la *Constitución* con el fin de suprimir <<barreras artificiales>> y estar acordes con las nuevas tendencias económicas.”³⁸⁸ Agrega que uno de los presupuestos de este proceso de globalización comercial “es contar con procedimientos rápidos de contratación que garanticen la seguridad jurídica de las partes, como es el arbitraje internacional.”

Considera que la *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (UNCITRAL) de 1985, independientemente de que se haya utilizado en mayor o menor medida por la comunidad iberoamericana, “tuvo la virtud de revitalizar el arbitraje como medio de solución de controversias en un marco concreto de apertura comercial y asimismo, ha propiciado la aparición de nuevas normas insertas en leyes especiales y códigos mercantiles o de procedimiento civil. Desde entonces, puede hablarse de una nueva

³⁸⁶ *Ídem*. Pág. 47.

³⁸⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Óp. cit.* Pág. 59.

³⁸⁸ *Ibidem*.

cultura arbitral iberoamericana que se manifiesta, palmariamente, en trabajos comunes de innegable continuidad y en la existencia de sedes arbitrales propias, tanto a nivel regional, como nacional e internacional.”³⁸⁹

En México, de igual manera que, como veremos, se hizo en materia de comercio electrónico, no se creó una Ley especial para regular el arbitraje, sino que se llevó a cabo una reforma en el Código de Comercio, para incorporar a la legislación mexicana las disposiciones de la Ley Modelo UNCITRAL. Gutiérrez y González critica la forma como se adoptó en Derecho Mexicano la Ley Modelo estimando que debió haberse hecho, como en España, con una *Ley de Arbitraje* para unificar los criterios en la materia, con lo cual se obtendría un criterio uniforme.³⁹⁰ Si se expide una ley especializada, que no especial, para regular la materia, -dice Gutiérrez y González- se le debe dar un carácter general, amplio, que permita aplicarla a todos los campos: civil, mercantil e internacional.

Antes de la reforma, las notas características de nuestra legislación, en materia de arbitraje, de acuerdo con Rodríguez González-Valadez, eran las siguientes:

- “El lenguaje utilizado en el C. Com. estaba enfocado a un arbitraje nacional, sin tomar en cuenta el utilizado en los documentos de carácter internacional [...]
- No existía un orden cronológico dentro de las etapas del procedimiento regulado por los artículos del C. Com. [...]
- En algunos artículos se trataban materias que con anterioridad habían sido consideradas en otros dispositivos.
- La Ley no establecía las bases fundamentales para introducir al lector a la materia del arbitraje; como pueden ser, conceptos fundamentales sobre qué es el arbitraje, y los distintos tipos de arbitraje y laudos.

³⁸⁹ *Ibidem.*

³⁹⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Comentarios sobre el Arbitraje y la Conveniencia de su Empleo*. Primera Parte. Revista Escriba. Colegio de Notarios del Estado de México. Año 1, Número 2. Primavera 2008. Pág. 75.

- El C. Com. otorgaba muy pocas facultades al árbitro (tribunal arbitral), quien a nuestro parecer debería contar con menos limitaciones en su actuar.
- En algunas disposiciones la Ley no otorgaba importancia suficiente a la voluntad de las partes de acudir al arbitraje como un medio para solucionar sus controversias.
- En general, el C. Com. era un ordenamiento poco adecuado para ser utilizado en asuntos arbitrales. Esto se demuestra por la gran supletoriedad que tenía la Ley, remitiendo a la materia civil; lo cual, impedía la independencia suficiente para considerarla competitiva ante los asuntos comerciales internacionales.³⁹¹

Suplir estas deficiencias, y adoptar una legislación moderna, siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo UNCITRAL, fue el propósito de la reforma legislativa al Código de Comercio publicada en el Diario Oficial de la Federación del 22 de julio de 1993, que reforma el título cuarto “Del Arbitraje Comercial.” Sin embargo, existen algunos puntos en los que la legislación mexicana difiere de la Ley Modelo UNCITRAL. En opinión de Rodríguez González-Valadez, estos puntos son los siguientes:

- “La reforma no sigue la redacción del texto de la Ley Modelo (Títulos y Capítulos) y se encuentra dentro del C. Com.; es decir, no es un ordenamiento independiente.
- La reforma establece que, a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral estará integrado por un solo miembro, a diferencia de la Ley Modelo que establece tres miembros.
- A falta de acuerdo entre las partes sobre el derecho sustantivo, la reforma establece que el tribunal arbitral lo determinará atendiendo a las circunstancias del caso y la Ley Modelo sujeta, a tal determinación, a las normas conflictuales.

³⁹¹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos. *Óp. cit.* Pág. 227.

- La reforma desarrolla el tema de las costas y el cómputo de plazos (cuya fuente de información a los legisladores mexicanos fue el texto del Reglamento Facultativo de la CNUDMI), lo que no vemos en la Ley Modelo.
- En los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de sentencias, la reforma establece como ordenamiento supletorio al CFPC y la Ley Modelo no hace una sujeción similar de supletoriedad.³⁹²

2.3. Los notarios y el arbitraje o la mediación. El caso del Estado de México.

La intervención del notario en el desempeño de actividades de arbitraje, significa “una interesante evolución de la función notarial, ya que esta se dirige ordinariamente a la prevención de conflictos más que a su resolución.”³⁹³ La propia configuración institucional del notariado, “su condición de funcionario público, su *auctoritas* y la eficiencia que supone su carácter de profesional del derecho le hacen especialmente apto para el desempeño de estas labores.”³⁹⁴ Sin embargo, como dice Beltrán Baldares, “una adecuada preparación del notario en estos temas es indispensable a efecto de brindar la confianza que la sociedad necesita para acercarse a estas novedosas técnicas. De igual forma es necesaria la interacción de Notarios con Instituciones Administradoras de Arbitraje a efecto de conjuntar esfuerzos en la búsqueda e implementación de mecanismos a través de los cuales el arbitraje pueda volverse en realidad una cuestión cotidiana en la vida jurídica nacional.”

En el Estado de México la LNEM en el capítulo segundo titulado “Del Arbitraje y la Mediación Notarial” contiene dos disposiciones relativas al

³⁹² RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos. *Óp. cit.* Pág. 237.

³⁹³ PÉREZ DE MADRID CARRERAS; Valerio. *Óp. cit.*, Pág 44

³⁹⁴ *Ibidem.*

desempeño de los notarios como árbitro o mediador.³⁹⁵ Estas disposiciones son:

Artículo 129: los notarios podrán desempeñar funciones de árbitro o mediador y conocerán de los asuntos que le soliciten los interesados conforme a los compromisos respectivos, observando para su trámite las formas y restricciones que fije el Código de Procedimiento Civiles para el Estado de México, el Código de Comercio y otras leyes.

Artículo 130: el Colegio coordinará a los notarios que desempeñen la función de árbitro o mediador en términos de las disposiciones del reglamento.

De la anterior regulación se deduce que un notario, en el Estado de México, puede conocer tanto de un arbitraje de carácter mercantil, como de uno de carácter civil. En el primer caso deberá observarse lo dispuesto en el Código de Comercio, en los términos señalados, pero en el arbitraje civil tendrá que estarse a lo que establece el Código de Procedimientos Civiles (CPCEM). Algunas modalidades de este ordenamiento son las siguientes:

- El artículo 2.285 establece textualmente que los que “*tengan una controversia tienen derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral.*” De acuerdo con este precepto se debería entender que el juicio arbitral civil no puede pactarse para prevenir una

³⁹⁵ El reglamento por su parte contiene las siguientes disposiciones:

Artículo 74: para los efectos de coordinar las funciones de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores, el Colegio:

I.Llevará el registro de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores.

II.Designará a petición de parte, a los notarios que deberán fungir como árbitros o mediadores en asuntos específicos que se le planteen.

III.Recabará la información relativa a los asuntos en los que intervengan los notarios como árbitros o mediadores.

IV.Brindará apoyo y orientación a los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores.

V.Divulgará los servicios de arbitraje y mediación como parte del ejercicio de la función notarial.

Artículo 75: el Colegio en ningún caso tendrá responsabilidad civil derivada de la designación o del desempeño de los notarios que funjan como árbitros o mediadores.

Artículo 76: El Colegio durante el mes de enero de cada año publicará en el periódico oficial “Gaceta del Gobierno” el registro de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores.

Artículo 77: Las actuaciones de los notarios en materia de arbitraje y mediación se asentarán en su protocolo.

Artículo 78: Los honorarios de los notarios que se desempeñen como árbitros o mediadores, se fijarán por convenio con quienes soliciten sus servicios, a falta de convenio se aplicará el arancel.

controversia futura, dado que el precepto dice “los que tengan una controversia”. Sin embargo, el artículo 2.64 del propio ordenamiento por su parte establece: cuando en escritura pública o contrato privado, sometieren los interesados *las diferencias que surjan*, a la decisión de un árbitro sin nombrarlo, debe designarlo el juez en medio preparatorio. Aquí, como se ve, ya no se refiere la ley a las diferencias que tengan sino a las que surjan, por lo que, en mi opinión, es válido celebrar un convenio arbitral para prevenir una controversia futura.

- El juicio deberá resolverse en el término de 100 días, salvo convenio en contrario.
- La apelación es renunciable. Cuando el convenio arbitral se refiera a un asunto que se encuentre en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva.
- Se pueden nombrar uno o más árbitros. Igualmente se puede designar un árbitro tercero en discordia que puede ser nombrado por los propios árbitros. Si no se ponen de acuerdo lo nombra el juez de primera instancia.
- Los árbitros no pueden ser revocados sino por acuerdo unánime de las partes.
- Se pueden pactar libremente las reglas procesales, siempre que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.
- El arbitraje concluye por las siguientes causas:
 - Muerte del árbitro
 - Excusa del árbitro
 - Recusación del árbitro cuando haya sido nombrado por el juez
 - Remoción del árbitro

- Terminación del plazo y sus prórrogas, si las hubo
- Transacción
- Desaparición o destrucción del objeto del litigio

En las cuatro primeras causas señaladas, el arbitraje concluirá cuando no exista árbitro sustituto o las partes no convengan en una nueva designación.

- El laudo debe contener los mismos requisitos que la sentencia.
- Los árbitros pueden condenar en costas, daños, perjuicios e imponer multas, pero para emplear los medios de apremio deben acudir al Juez de Primera Instancia, quien resolverá sin ulterior recurso.
- La ejecución de autos y decretos se realiza a través del Juez de Primera Instancia.
- Los árbitros pueden ser compelidos a cumplir con sus obligaciones por el juez competente.

3. Valor económico de la función notarial. El Sistema Jurídico Romano Germánico y el Sistema del Common Law.

Por efecto de la función notarial se genera un documento auténtico que otorga seguridad jurídica. La seguridad jurídica que otorga el documento público es vista, desde la perspectiva notarial, como un valor económico importante. En cambio, desde la de los organismos financieros mundiales, el documento notarial es considerado como una traba que obstaculiza y encarece el desarrollo de los negocios. En el fondo de este debate subyace un enfrentamiento entre dos grandes sistemas jurídicos incompatibles: el Sistema Jurídico Romano Germánico y el *Common Law*. En medio de esta tensión se encuentra el notario público, figura relevante en el funcionamiento del sistema latino, desconocido en el sistema anglosajón.

Cárdenas González en un ensayo titulado *La función notarial preventiva del litigio; características del Notariado Latino*, publicado en la Revista de Derecho Notarial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. hace consistir las incompatibilidades entre estos dos grandes sistemas en las siguientes diferencias:

- Los diferentes sistemas de fuentes del Derecho.
- Las distintas concepciones sobre la seguridad y agilidad del tráfico mercantil.
- La creación de fórmulas jurídicas nuevas, adecuadas a las situaciones cambiantes en los países del sistema anglosajón, que no encuentran encaje en las figuras tradicionales propias de los países latinos; estos tienen que ofrecer, a gran velocidad, soluciones legislativas o interpretativas a los problemas planteados.
- La falta de criterios únicos para calificar la validez y efectos de los diferentes documentos utilizados en la vida del tráfico mercantil.³⁹⁶

En el propio ensayo el autor precisa las distintas características de ambos sistemas: “El sistema Latino o romano, constituye una institución de organización científica y codificada, está basado en la ley escrita, es esencialmente formalista y considera como fuentes de derecho a: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina; es un sistema donde predomina la ley, limitándose la actuación del juez a ejecutarla y cumplirla; es un sistema de derecho creado por los legisladores y se encuentra diseñado para evitar controversias. El sistema *Common Law* es una institución que está basada en el derecho consuetudinario, donde la costumbre general ha conservado su supremacía, constituyendo así un sistema jurídico dualista, casuístico, desarrollado en los usos y costumbres convertidos en normas jurídicas

³⁹⁶ CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio. *La función notarial preventiva de litigio*. Revista de Derecho Notarial. Año XLI, Número 115. Julio 2000. México.

consuetudinarias, mediante las resoluciones de los tribunales, es decir, la costumbre convertida en ley, no por la labor de los legisladores, sino por la actuación de los jueces –la ley hecha por el juez-; es un sistema que se ha formado por la jurisprudencia de los tribunales. Siendo la labor de los legisladores más bien de carácter declarativo, limitándose a organizar y reproducir el derecho establecido por la jurisprudencia de los jueces.”³⁹⁷

Con motivo de la apertura de la Asamblea de los Notariados Miembros celebrada en Punta del Este, Uruguay, el 6 de noviembre de 2006, Giancarlo Laurini, notario Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino (2005-2007), puso de manifiesto la importancia que para las relaciones económicas tiene la seguridad jurídica que da la intervención del notario.

“Esta presidencia se ha fijado como principal cometido hacia “afuera” no sólo el de “defender” la función notarial, sino sobre todo el de “promoverla”, destacando sus cualidades, valorizando fuertemente su función social y económica e intentado exportar nuestro sistema incluso a aquellos países en los que rige un sistema alternativo al nuestro, con la firme convicción de que, en una época de fuertes “vientos” de liberalización, donde todo se juzga en base a las ventajas económicas que reporta, el notario tiene un papel muy preciso. De hecho, en la base del desarrollo del Notariado y de la extensión planetaria de nuestra Unión hay razones muy profundas, relacionadas no sólo con la seguridad jurídica de las relaciones formalizadas mediante documentos notariales, sino también con el valor económico de los mismos en cuanto a estabilidad de las relaciones, prevención de lo contencioso, ahorro de costes sociales e incluso de costes contractuales respecto a los que son propios del sistema de *common law*...”³⁹⁸

3.1. Los informes Doing Business.

La principal crítica (aunque como veremos, no es la única) a la participación del notario, en la actividad económica, deriva de investigaciones realizadas por el Banco Mundial, dadas a conocer a

³⁹⁷ *Ídem.*

³⁹⁸ Revista Internacional del Notariado número 112, año 2006. Pág. 46.

través de los llamados informes *Doing Business*, a los cuales la Unión Internacional del Notariado Latino, ha dado seguimiento.

De acuerdo con el reporte que presentó el notario Márquez González, en la reunión desarrollada en Cartagena de Indias, Colombia, en octubre de 2009,³⁹⁹ hasta entonces, el Banco Mundial había dado a conocer un total de siete informes, bajo el título *Doing Business*. En el informe de 2004, se afirma que en algunos países como en Croacia, los notarios privados han socavado por años los esfuerzos gubernamentales para simplificar los procedimientos de aperturas de negocios y la ejecución de garantías. Asimismo se afirma que en aquellos países donde es necesario que los notarios autoricen documentos, resulta que esto es frecuentemente la parte más onerosa del registro empresarial. Así por ejemplo, en México los costos notariales son de \$875 dólares – casi 80 por ciento del costo total–. En Turquía esta notarización cuesta \$780 dólares –el 84 por ciento del costo de registro–. En Guatemala cuesta \$850 dólares –el 73 por ciento–; en Eslovenia \$920 dólares –el 67 por ciento–; y en Angola 2,800 dólares –el 51 por ciento–. En el informe de 2007, sin embargo, se reconoce que algunas reformas han permitido, en México, disminuir el tiempo para iniciar un negocio de 58 a 27 días al permitir que los notarios expidan inmediatamente un número de registro fiscal y modernizando en general el trámite, pero en el capítulo “Protección de inversionistas” el informe dice que, en contraste, modificar la ley de sociedades mercantiles en México habría provocado la oposición de los notarios y de otros profesionistas legales que se benefician de las restricciones que dicha ley impone a quienes certifican documentos legales. En el informe de 2009 se vuelve a insistir en la inutilidad de la intervención del notario para constituir empresas y se objeta que en Bélgica se permita únicamente la presentación electrónica de solicitudes a través de un notario o abogado, y de que en Argentina las empresas tengan que obtener un código antes de usar el sistema fiscal en línea.

³⁹⁹ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio. Presidente del Sector para el Estudio de Integración. UINL. Comisión de Asuntos Americanos. Cartagena de Indias. Octubre 2009.

El reporte del notario Márquez González concluye con el siguiente:

Epílogo

"En 1889, por primera vez, se reunió en Montevideo un gran número de países para suscribir un código uniforme de derecho privado. La comunidad internacional ha hecho desde entonces grandes esfuerzos para la armonización de la legislación internacional, fundamentalmente en el derecho privado y en algunas otras pocas áreas. Raymond Saleilles pudo reunir en París, a principios del siglo XX, a una comunidad de expertos efectivamente interesada en el tema. Con muchos trabajos, pudo llegarse en 1928 a la redacción del denominado Código Bustamante, que aún perdura como un monumento legislativo de la época.

Los abogados hemos apreciado con gran interés, a lo largo de muchos años, los grandes trabajos doctrinales de René David (*Les grands systèmes de droit contemporains*, 1964), de John Henry Merryman (*The tradition of Roman-canonical Law*, 1969), de Konrad Zweigert y Hein Kötz (*An introduction to Comparative Private Law*, 1971) y de Mauro Cappelletti (*El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas*, 1973).

Por otra parte, el trabajo paulatino y concentrado de instituciones como UNIDROIT (1926), UNCITRAL (1966), el Comité Jurídico Interamericano (1906), la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (1893), y aun las integraciones económicas jurídicas, de la Unión Europea, del TLC o de la OHADA conforman apenas una breve lista de los grandes esfuerzos que ha hecho la comunidad internacional para la adecuación paulatina de las reglas del DIP.

Cuando se analizan las notas de las fichas técnicas que se encuentran al final de cada capítulo, no aparece ninguna referencia a esa venerable bibliografía que los juristas latinos estamos acostumbrados a enlistar. Por el contrario, las citas de Ronald Coase, Richard Posner, Hernando de Soto, Florencio López de Silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny y Rafael La Porta, así como de otros autores sajones, y grandes empresas del ámbito global, son frecuentes.

Unos pocos años, en efecto, han bastado para que un poderoso organismo financiero a nivel mundial irrumpa abruptamente y con ritmo

vertiginoso en este largo proceso. Los informes del Banco, en efecto, han surgido de pronto en la comunidad financiera, política y legislativa internacional provistos de reformas instantáneas que, se pretende, sean mucho más efectivas que el largo camino andado desde fines del siglo XIX. Bajo el argumento de *one size fits all*, se busca la exportación de reglas jurídicas, contrariamente a la larga experiencia internacional de negociación y búsqueda de consenso. La experiencia, además, parece funcionar en un solo sentido, es decir, como una adaptación de reglas exitosas en el desarrollado mundo sajón, que se busca implementar en los países menos evolucionados del mundo latino. Se abandona así la búsqueda de soluciones equilibradas que procuraban lo mejor de ambos mundos y se piensa que resulta más fácil adaptar soluciones, según el principio de la ley del menor esfuerzo o del aprendizaje del vecino.

Los autores de los informes se precian de haber provocado un gran revuelo en la comunidad internacional. Aceptan sin ambages que la reacción que generalmente se observa en los informes es dudar inmediatamente de su calidad y relevancia, y de provocar hasta cierto punto, respuestas airadas de los destinatarios. Una vez pasada esta primera reacción, afirman, normalmente el debate se centra en una discusión más profunda que efectivamente trata de tomar en cuenta los datos valiosos obtenidos y la posibilidad de su reforma en el país en cuestión.

Tal vez habría de convenir, por de pronto, en un juicio más equilibrado acerca de las bondades y de los defectos de los reportes del Banco. Es necesario reconocer en efecto, que la mayoría de las preguntas en los cuestionarios son muy precisas y en algunos casos minuciosamente detalladas, como por ejemplo, en los cien puntos acerca del trámite procesal en los juzgados (cuestionario número nueve: *Enforcing Contracts México*), así como en los 25 puntos del comercio transfronterizo (cuestionario número ocho: *Tradings Across Borders México*) que enumeran los informes.

Por otra parte, el hecho de que los cuestionarios se encuentren ahora en la red permite que se expongan libremente al examen detenido de los interesados en la comunidad internacional. Esto aumenta sin duda la transparencia de los resultados. Que el margen de error en las respuestas no exceda de un seis por ciento es también un dato valioso que muestra la confiabilidad de los resultados, y no excede en modo

alguno nuestros porcentajes de confianza en las encuestas a las que prestamos mayor o menor crédito.

Además, los temas tratados en cada uno de los reportes son sin duda atractivos, se reducen a aspectos específicos y los resultados parecen tan novedosos y reveladores que llegan a tener el valor de una fotografía elocuente de la realidad negocial. Esto conduce derechamente a un punto importante que no puede ser soslayado: el nuevo enfoque metodológico propiciado por los expertos del Banco Mundial ha revolucionado sin duda los métodos tradicionalmente empleados en las ciencias sociales. En efecto, con la ayuda de técnicas radicales de análisis económico, los informes han enriquecido la obtención y el análisis de datos en las ciencias jurídicas.

Por último, la creciente recopilación de datos, su masiva divulgación y el impacto considerable que los informes han tenido en la administración gubernamental difícilmente pueden tener parangón en estudios anteriores. Esto puede explicarse en primera instancia por los grandes recursos económicos que la institución financiera ha dedicado al diseño, operación, recopilación y divulgación de datos, pero también, sin duda, puede explicarse por la novedad del enfoque utilizado que no es posible imputar a una estrategia financiera exclusiva de la institución, sino que se encuentra apoyada por estudios ya no tan recientes de expertos en análisis econométricos de universidades tan prestigiosas como Denver, Yale, Harvard, Chicago o Dartmouth.”

Respecto de los datos proporcionados por los Informes Doing Business cabe aclarar que en México se ha avanzado mucho en cuanto a costos y tiempo. De acuerdo con los Informes, para el año de 2004 los honorarios del notario para la constitución de una sociedad eran de \$875 dólares -casi 80% del costo total-, y para 2007 los tiempos se habían reducido de 58 a 27 días, al permitir que los notarios expidieran inmediatamente un número de registro fiscal y modernizando en general el trámite. A la fecha, el trámite se ha simplificado de tal forma que es posible concluirlo en un término de 5 días. En efecto, el antiguo permiso que expedía la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de una sociedad se sustituyó por una autorización de uso de denominación y razón social, que expide la Secretaría de Economía, a través del sistema informático establecido por la propia Secretaría (tu

empresa.gob.mx.) en un plazo máximo de 2 días hábiles. Autorizada la solicitud el interesado tiene un plazo máximo de 48 horas para reservar la denominación, todo lo cual es sin costo alguno para los interesados. La inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio se realiza por el servicio de internet SIGER (Sistema Integral de Gestión Registral), para lo cual la Secretaría expide un certificado digital de firma electrónica. El costo por los Derechos de Registro es, en el Estado de México, de \$1437.00 (aproximadamente \$100 dólares), independientemente del capital social de la empresa. Los honorarios del notario de acuerdo con el arancel, para la constitución de una sociedad de hasta \$100,000.00 de capital social (aproximadamente \$8,000 dólares) es de 85 días de salario mínimo, o sea \$5,298.05 (aproximadamente \$500 dólares). Si así lo desean los interesados el notario puede tramitar la inscripción de la sociedad ante el Registro Federal de Contribuyentes del Sistema de Administración Tributaria (SAT), así como el registro ante la misma dependencia de los socios, en el caso de que no estuviesen ya registrados. Este servicio no tiene costo.

3.2. La visión economista del Derecho. El contrato de seguro y el notario latino.

Cómo se desarrolló el proceso que finalmente impuso, en los organismos financieros internacionales, la visión economista del Derecho, fue puesto de manifiesto en el XXV Congreso Internacional del Notariado celebrado en Madrid, en 2007, por la delegación italiana representada por los notarios Francesco Pene Vidari, David OCKL y Carlos Alberto Marcoz en su ponencia titulada El Notariado: Institución mundial.

Al respecto manifiestan que en Estados Unidos, desde principios de los años sesenta, principalmente en las Universidades de Yale y de Chicago, ha prevalecido una corriente de pensamiento conocida como *Law and Economics* o *Economic Analysis of the Law*, que hoy tiene

pleno reconocimiento académico,⁴⁰⁰ y que ha trascendido a los organismos cúpula financieros, a nivel mundial.

Esta línea de pensamiento, dice la ponencia, causó dos transformaciones epistemológicas fundamentales que revolucionaron la concepción del derecho a nivel global:

- a) El derecho ya no es considerado como un conjunto de preceptos (en su mayor parte prohibiciones) acompañados de una sanción. Es considerado como un conjunto de incentivos dirigidos a los individuos. Los preceptos jurídicos introducen así una serie de precios implícitos para los comportamientos de los individuos. Sólo si el precio de un comportamiento dado es suficientemente alto como para hacer que no sea conveniente para el sujeto encararlo, el precepto será obedecido. Como en cualquier situación de mercado, el sujeto tendrá abierta la posibilidad de comparar el precio de la desobediencia a un precepto con posibles usos alternativos de esos recursos. Una vez hecha esta comparación, elegirá si obedecer, desobedecer, desafiar la norma ante el juez, ir a desarrollar el mismo comportamiento al exterior, etc. En otras palabras, el análisis económico del derecho le enseña al jurista a despertar del veleidoso sueño del positivismo legislativo. El jurista está acostumbrado a creer que es suficiente una ley para determinar un cierto curso de los hechos. El economista, habituado a estudiar los mercados (inclusive los mercados irregulares) le enseña que esa convicción es el soporte de un delirio de omnipotencia del legislador, que en realidad genera monstruos.
- b) El segundo presupuesto fundamental del análisis económico es que la justicia, tradicional estrella polar del jurista, no es un criterio adecuado para fundamentar un discurso científico sobre la organización social. Este criterio se presenta como algo excesivamente subjetivo. El análisis económico del derecho

⁴⁰⁰ PENE VIDARI, Francesco. OCKL David. MARCOZ, Carlos Alberto. Ponencia Italiana. El Notariado: Institución Mundial. Unión Internacional del Notariado. Consiglio Nazionale del Notariato. Pág. 26.

propone reemplazar el criterio de la justicia por el de la eficiencia. Una norma jurídica, una decisión judicial o una doctrina serán elegidas y preferidas respecto de otras no porque sean “más justas” sino porque son “más eficientes”. En el plano descriptivo, el análisis económico del derecho enseña a considerar y evaluar los costos sociales de todas las reglas y de cualquier decisión institucional. Enseña a ver quién soporta estos costos, quiénes son los ganadores y los perdedores en cada una de las decisiones públicas. Una regla ineficiente es la que permite alcanzar un determinado objetivo social a un precio más alto de lo que hubiera permitido una posible alternativa. Según el análisis económico del derecho, la conciencia sobre los costos y sobre los beneficios de una determinada opción institucional es presupuesto fundamental de una buena decisión.

A grandes rasgos, intentando una síntesis de la ponencia italiana, podemos decir que la cultura jurídica en los Estados Unidos se desarrolla, hasta antes de la segunda guerra mundial, a partir de una “evidente matriz europea” que los juristas norteamericanos solo habían adaptado a sus condiciones; esto fue lo que sucedió con el llamado *realismo jurídico* que fue la más importante corriente de pensamiento de la historia jurídica estadounidense de la primera mitad del siglo pasado.⁴⁰¹ Posteriormente aparece la corriente denominada *legal process*, que floreció en Harvard, en los años cincuenta como primera reacción frente a la escuela realista. Para los teóricos del *legal process*,

⁴⁰¹ WENDELL HOLMES, Oliver. *La senda del Derecho*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2012. Manifiesta José Ignacio Solar Cayón en el prólogo a *La Senda del Derecho* de Oliver Wendell Holmes Jr. que Holmes, especialmente, (junto con figuras como Pound, Gray, Cardozo, F. Cohen, entre otros) fue quien marco históricamente el punto de inflexión entre la vieja y la nueva teoría jurídica estadounidense. Su pensamiento, asistemático pero de una gran intuición intelectual que se refleja estilísticamente en una sucesión de penetrantes aforismos, constituye el germen crítico del que arrancará la renovación del pensamiento jurídico norteamericano, permaneciendo como una fuente permanente de inspiración para las siguientes generaciones, especialmente para los jóvenes realistas, quienes nunca dejaron de reconocerle autoridad, y como consecuencia de su pensamiento “las preciadas creencias del jurista clásico en la autonomía, objetividad y neutralidad de la ciencia y del razonamiento jurídicos, y especialmente su separación respecto de la política, eran por primera vez seriamente puestas en entredicho. Y emerge una perspectiva pragmática o funcional. El Derecho deja de constituirse en una entidad cuasimística e inalterable para transformarse en un artificio humano. Ya no es entendido como algo objetivo y absoluto que el jurista debía descubrir sino como un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas.” Pág. 28.

“en la opción de quien debe decidir, la capacidad de hacerlo de manera eficiente no puede dejar de ser altamente relevante.”⁴⁰² De aquí se llega finalmente al análisis económico del derecho. “El vínculo con los economistas (nueva clase sacerdotal), y sobretodo el cambio en la percepción de la relación entre estado y mercado en el ámbito de la globalización, hacen del análisis económico del derecho el paradigma dominante en la globalización jurídica.”⁴⁰³

Fue así como, desde esta visión economista, el Derecho dejó de ser un *límite* capaz de controlar los comportamientos de los actores del mercado, para convertirse en un instrumento orientado a facilitar las operaciones. Esta concepción economista del Derecho, “se transformó en el manual de poderosas instituciones de la globalización, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial del Comercio que receptan sus recetas liberales, funcionales a su propia visión del desarrollo. No es casual que precisamente el desarrollo de organizaciones institucionales *eficientes y ágiles*, técnicas y no políticas según los dictámenes del análisis económico del Derecho, figuren como primer requisito de los ajustes instrumentales que el Fondo Monetario Internacional, incansablemente, pone como condición para acceso al crédito.”⁴⁰⁴

Frente a esta concepción puramente economicista, para la prevalencia del notario, es necesario demostrar que su costo social está compensado, con creces, por el beneficio social que resulta de su actuación “capaz de desarrollar, de manera comparativamente eficiente, cualquier función de tutela de los derechos y de la legalidad, ofreciendo por lo tanto un servicio público de inestimable valor.”⁴⁰⁵

Una cultura jurídica, se afirma en la ponencia italiana, que quiera oponerse a la degradación de la legalidad que deriva de una concepción puramente privatizada del Derecho, requiere de la función

⁴⁰² PENE VIDARI, Francesco. OCKL David. MARCOZ, Carlos Alberto. Ponencia Italiana. El Notariado: Institución Mundial. Unión Internacional del Notariado. Consiglio Nazionale del Notariato. Pág. 30.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ *Ídem*. Pág. 31.

⁴⁰⁵ *Ídem*. Pág. 39.

notarial precisamente por el beneficio social que proviene de la estandarización en todo el territorio de un alto nivel de fe pública y responsabilidad profesional. “El hecho de que un derecho de escaso valor económico merezca la misma protección por parte del ordenamiento que uno de mayor valor, constituye un principio fundamental de nuestra cultura jurídica que hoy, más que nunca, requiere protección.”⁴⁰⁶

Termina la ponencia reconociendo que en el mundo actual no es posible prescindir de la comprensión de las dinámicas económicas profundas del Derecho privado, sin embargo se debe realizar rechazando cualquier ideología de la eficiencia. Considera que de acuerdo con Guido Calabresi “una democracia pluralista que desee el bienestar de sus ciudadanos, requiere instituciones que no sean ni puramente de mercado [...] ni puramente planificadas [...]. Lo útil son las instituciones mixtas, capaces de obtener lo mejor de ambos modelos. El notariado seguramente es una de estas instituciones mixtas, capaz de obviar en los ámbitos donde es llamada a intervenir tanto la degradación de una administración pública obsoleta dotada de medios limitados como la rapacidad de sujetos puramente privados, cuya necesidad de ganancia supera cualquier otra preocupación.”⁴⁰⁷

Por lo expuesto, los ponentes arriban a las siguientes *conclusiones*:

“El notariado es una institución que tiene una larga tradición en el sistema jurídico occidental y garantiza la seguridad y la legalidad de los tráficos.

En el ámbito de la competencia entre modelos, se impone una comparación con otros sistemas que no conocen el notario de tipo latino.

La comparación y el análisis económico son formidables instrumentos de investigación y deben ser utilizados sin prejuicios para medir la eficiencia entre modelos diferentes.

La cultura jurídica notarial está en evolución.

⁴⁰⁶ *Ibidem.*

⁴⁰⁷ *Ibidem.*

El modelo del Estado unitario con delegación de funciones en el oficial público notario sigue siendo válido, y está inclusive en crecimiento, pero cada vez más acompañado por el derecho extranjero.

La Unión europea, la movilidad de las personas y de la riqueza, la libertad en la elección de las leyes aplicables a numerosas relaciones, las operaciones transnacionales, imponen un Notariado abierto en condiciones de aprovechar las novedades y las aperturas de la sociedad.

El Notariado acepta el desafío del progreso jurídico y económico, inclusive como garante ex ante de la legalidad cada vez más compleja y compuesta, y es uno de los protagonistas de la renovación cultural que exige lo que denominamos globalización.

A menudo los modelos alternativos al Notariado se basan sólo en el control ex post remitido a la autoridad judicial y algunas veces desarrollado por un sistema actuarial de seguros relacionado con el resarcimiento del daño. Para algunos bienes, dicho sistema puede funcionar y ser eficiente, pero es innegable que el control previo de la legalidad ofrece mayores seguridades y facilita una tutela real ex ante de los bienes.

La escritura pública, a primera vista, puede parecer un costo ineficiente que se agrega a la transacción, pero en realidad se plantea como instrumento económico de desarrollo con externalidades positivas.

El control de legalidad y la certidumbre respecto de terceros, facilitan la circulación de los bienes, tutelan las partes y hacen de la escritura pública un punto de apoyo de las contrataciones y del sistema jurídico.

La seguridad jurídica previa tiene un costo inmediato, pero en el mediano-largo plazo las consecuencias en el sistema compensan seguramente los costos iniciales.

Estas afirmaciones están apoyadas en investigaciones y análisis de autorizados estudiosos independientes.

El 5 de julio de 2007, en Italia, en el ámbito de un proyecto de investigación más amplio, nació el Centro de análisis económico del Notariado y de Profesiones Legales.

Este Centro quiere convertirse en el inicio de un recorrido de investigación serio y concreto, que gracias al análisis económico comparado y al aporte de estudiosos de diferentes países del mundo, ofrezca aportes de calidad.

Las reflexiones finales no corresponden a los notarios o a los abogados, son evaluaciones políticas, pero es conveniente que las decisiones de sistema se realicen viendo todas las opciones y consientes de los efectos y no en base a un informe del Fondo Monetario.

El análisis económico enseña los efectos de las normas y sería una lástima que un sector tan delicado como el de las profesiones legales, la política tomara decisiones sin conocer suficientemente las consecuencias basándose en modas o en presiones de grupos de poder.”

Silva Herzog Flores, en un estudio sobre *La dimensión económica del notariado*, expone la importancia que para el desarrollo económico de México tiene la función notarial, y dice que la economía y la planeación económica, en particular, han reconocido desde hace tiempo “que uno de los factores indispensables para promover el desarrollo económico es la existencia de un orden público en el que exista seguridad jurídica para los ciudadanos”⁴⁰⁸ y que la institución notarial tiene como propósito contribuir, tanto a la justicia como a la eficiencia, de las transacciones jurídicas y económicas, y, añade, que las principales contribuciones directas al desarrollo económico que tiene la intervención notarial en los negocios pueden resumirse en los rubros siguientes: Garantiza legalidad y validez jurídica; suprime la necesidad de un *seguro de título* propio del sistema anglosajón, que no conoce el notario jurista, y realiza cuestiones previas y posteriores que garantizan la legalidad y vigencia de los derechos de propiedad y corporativos que se ejercen.⁴⁰⁹

El sistema anglosajón, en materia de seguridad jurídica de las operaciones inmobiliarias, no es un sistema cautelar como el del notariado latino, sino uno basado en el *seguro de título*, que tiene por objeto procurar una indemnización para el caso de que se anule la operación por vicios o defectos en el título.

⁴⁰⁸ SILVA HERZOG, F. Jesús. *La dimensión económica del notariado*, Editorial PROA II Structur A, México, 2007, pág. 6.

⁴⁰⁹ *Ídem*. Pág. 7

El Contrato de Seguro de Título de Propiedad (*Law of Title Insurance*) dice Vargas⁴¹⁰ es un contrato típicamente norteamericano. Su origen se explica por las peculiaridades específicas de tipo legal y administrativo que rodean la transferencia y enajenación de bienes inmuebles en los Estados Unidos. Este contrato, agrega, puede ser definido como “el acuerdo mediante el cual, previo al pago de una sola aportación hecha por el beneficiario del seguro, la parte aseguradora se compromete a indemnizar al beneficiario de la póliza por las pérdidas causadas debido a defectos en el título de propiedad inmobiliaria, o en los derechos reales correspondientes, en relación con la propiedad asegurada, en una cantidad que no exceda la estipulada en la póliza correspondiente y que se sabe existían en la fecha en que se extendió dicha póliza.”⁴¹¹

Relata el profesor Vargas que la primera compañía aseguradora de títulos de propiedad, denominada “*Law Property Assurance and Law Society*” se estableció en el estado de Penssylvania en 1853 y que corresponde a este estado el mérito de haber promulgado la primera legislación a nivel estatal que autorizó esta clase de contratos en los Estados Unidos.⁴¹² Con base en esta legislación se estableció, en 1856, la empresa denominada “*The Lawyer’s Title Insurance Corporation*”, que continúa operando a la fecha.⁴¹³

Continúa diciendo el profesor Vargas que con motivo de la anexión a los Estados Unidos del territorio que antes pertenecía a México, se generaron numerosos problemas de índole legal relacionados con los títulos de propiedad de los territorios cedidos y como resultado de esta situación tan especial, el contrato de seguro sobre títulos de propiedad bien pronto se convirtió en el instrumento legal más práctico para garantizar estos tres objetivos: “la reducción de los costos de un litigio o de una búsqueda de título, la fijación de la cuantía de estos costos con

⁴¹⁰ “El contrato de Seguros de Títulos de Propiedad Inmobiliaria en los Estados Unidos.” VARGAS, Jorge A. Revista de Derecho Notarial. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. Diciembre 1999. Pág. 83.

⁴¹¹ *Ídem*. Pág. 90.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ *Ibidem*.

finés comerciales, así como la minimización de los riesgos sobre la titulación de inmuebles.”⁴¹⁴

A partir de entonces se fue imponiendo en todo Estados Unidos este sistema y hacia finales de la segunda guerra mundial, -continúa el profesor Vargas- llegó a convertirse en el contrato típico en materia de transacciones inmobiliarias. “En la década de los 50 operaban en los Estados Unidos unas 150 empresas dedicadas a ofrecer esta clase de contratos. La gran mayoría de ellas ofrecían pólizas con vigencia en más de una jurisdicción. Sin embargo este número decrece a un centenar en los setenta. En la actualidad, estas empresas se han afiliado en unas 15 grandes compañías que cubren el mercado a lo largo y ancho de la vecina nación. Según informes recientes, las cuatro empresas más grandes en esta industria acapararon más del 50% a principios de los ochenta. De éstas, la más grande empresa controló cerca del 20% del mercado. Por lo que se refiere a California, las cuatro compañías aseguradoras más grandes acapararon más del 70% del mercado en esa localidad. En los últimos años se ha visto una concentración creciente en la cúpula empresarial que controla el mercado.”⁴¹⁵

El costo del seguro de título es aproximadamente de 2.50 dólares por millar a las instituciones bancarias y de 3.50 al comprador o al dueño del inmueble, además de otros gastos relacionados con la investigación del título y el cierre de la transacción. Estas dos últimas cuotas pueden ascender al 1% del precio de venta del bien inmueble.⁴¹⁶ La investigación, por ejemplo, del título de propiedad donde se construyó el World Trade Center en Nueva York, (donde estaban las Torres Gemelas) tuvo un costo de 45,000 dólares y se llevó 7 años de labor investigadora.⁴¹⁷

El contrato de seguro de título es un contrato de indemnización y no de garantía. Es decir, “los términos y las condiciones de la cobertura

⁴¹⁴ *Ídem.* Pág. 85.

⁴¹⁵ *Ídem.* Pág. 88.

⁴¹⁶ *Ídem.* Pág. 89.

⁴¹⁷ *Ibidem.*

explicitan, con toda claridad, que la póliza de este seguro no consiste en un contrato que garantice la calidad misma del título de propiedad sino, por el contrario, en un acuerdo para indemnizar al beneficiario de la póliza.”⁴¹⁸

Las ventajas del sistema del notariado latino sobre el sistema anglosajón, en este rubro, las pone de manifiesto Pérez de Madrid Carreras en los siguientes términos:

a) El seguro responde a las particularidades del sistema americano y desde luego ofrece seguridad, pero no seguridad jurídica, **sólo seguridad económica**. Y esto porque el seguro de título no garantiza la realización de los intereses de las partes, sino solo ofrece una indemnización económica si se frustra ese fin práctico [...]

b) La seguridad económica que ofrece el sistema americano de seguro de título es **muy limitada**, no sólo porque no asegura el fin del negocio, sino sobre todo por la cuantía de la indemnización y por las exclusiones. Especialmente es llamativo que la suma indemnizatoria, en caso de transmisiones inmobiliarias, no tengan cuenta de inflación, ni las posibles mejoras introducidas por el comprador, ni sobretodo el incremento del precio de la vivienda. Por otra parte, la póliza contiene complejas cláusulas generales de exclusión del riesgo, además de las concretas que puede establecer la compañía en función del nivel de calidad del título. Parece bastante claro que la finalidad fundamental perseguida por las compañías de seguros no es eliminar los riesgos de transacción, sino eliminar los riesgos para la aseguradora mediante la exclusión de la cobertura. Y como en caso de exclusión no hay indemnización, el sistema parece bastante deficiente.

c) Por otro lado, **la seguridad económica limitada que ofrece el sistema americano es muy cara**. En efecto, todos los estudios económicos demuestran que el sistema americano de seguro de título es más caro (más del doble) que el sistema español cautelar de intervención conjunta notario-registrador [...]”⁴¹⁹

Además de las ventajas directas que para el desarrollo económico representa la intervención notarial, que señala Silva Herzog, según

⁴¹⁸ *Ídem*. Pág. 91.

⁴¹⁹ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *Óp. cit.* Pág. 30.

dijimos, podemos mencionar otras no menos importantes como: el notario desempeña un papel de mediador al recabar información relevante para los contratantes, verificar su regularidad y asesorarlos sobre la mejor opción de contratación posible, desde el punto de vista jurídico, económico y fiscal; el notario hace las veces de árbitro imparcial entre las partes ayudándolas a conciliar y armonizar sus intereses, con lo que se previenen litigios futuros; el notario redacta un documento claro y preciso, dotado de fe pública, con valor probatorio pleno; liquida, recauda y entera los derechos e impuestos que genera la operación y la manda inscribir al Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros; participa en la lucha contra el lavado de dinero y, finalmente, conserva la matriz del documento, con su respectivo apéndice, para garantía de las partes.

En suma, podemos decir que el binomio *economía y derecho* se encuentra indisolublemente vinculado en el documento notarial, que produce, en consecuencia, tanto efectos jurídicos como efectos económicos, que lejos de representar un obstáculo al desarrollo económico, por el contrario contribuye decididamente al progreso de los países. Existe una íntima vinculación entre seguridad y progreso, pues como dice Bolás, citado por Pérez de Madrid <<*no hay comercio sin inversión, no hay inversión sin financiación y no hay financiación sin garantías.*>>⁴²⁰ Por último, debemos hacer hincapié en que defender la función notarial contra los embates de la globalización económica, es defender el Sistema Jurídico Romano Germánico. La superioridad de este sistema, para efectos de la seguridad jurídica, está plenamente demostrada. Ceder ante el colonialismo jurídico que se trata de imponer desde los organismos financieros internacionales representaría una enorme pérdida para los derechos de los particulares en los países que gozan del Sistema Latino.

⁴²⁰ Ídem. Pág. 27.

3.3. Titulación masiva.⁴²¹

Un aspecto relevante del influjo que la función notarial tiene en la actividad económica, lo es la *titulación masiva* de la propiedad, como respuesta al problema del desarrollo de la riqueza en los países más pobres.⁴²²

La repercusión económica que la titulación masiva puede llegar a tener en los países pobres fue expuesta, recientemente, por los notariados español y mexicano, en la XIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Asunción Paraguay, del 26 al 28 de junio de 2008. De la ponencia española, publicada por el Consejo General del Notariado Español, transcribo a continuación:

“En este sentido (titulación masiva), desde el punto de vista económico, ha tenido enorme éxito la teoría expuesta por Hernando de Soto, a través del Instituto para la Libertad y la Democracia. Sus tesis ya son suficientemente conocidas y han sido llevadas a la práctica en diversos países en América, África y Oriente Próximo. De Soto propone, como respuesta al problema de desarrollo de la riqueza en los países más pobres, desarrollar títulos de propiedad individual a las personas pobres, que detentan, como poseedores, ciertas tierras que cultivan para autoabastecerse. Dándoles títulos formales de propiedad, ellos podrán acceder al crédito y transformar dichas tierras muertas en capital vivo. El capitalismo, según De Soto, puede favorecer a los más pobres al dotarles de títulos de propiedad y, por tanto, de seguridad jurídica en sus relaciones comerciales.

Se parte de una idea muy clara: El valor de los activos de los pobres es superior al de cualquier financiación, ayuda o préstamo, de la inversión extranjera, del Producto Interno Bruto de esos países o de las ayudas del Banco Mundial. Por tanto, en lugar de acudir fuera a organismos internacionales o a otros países en busca de ayuda económica, hay que acudir hacia los propios activos de los países subdesarrollados, y buscar

⁴²¹ Ponencias presentadas por el notario español XIII Jornada Notarial Iberoamericana. Asunción (Paraguay) del 26 al 28 de junio de 2008. Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado español, 2008. “Cuando hablamos de las herramientas que el notariado puede proveer para la solución de la <<titulación masiva>> nos referimos al problema que se plantea en un importante sector de la población mundial para el acceso a la propiedad formal, o propiedad titulada, ya sea rústica o urbana, y a las soluciones que el notariado, como institución mundial, puede aportar al respecto.” Pág. 12.

⁴²² *Ídem*. Pág. 21.

en ellos la seguridad necesaria para que en base a los mismos se pueda acceder al crédito.

En definitiva, se trata de que los pobres puedan entrar en el club del sistema capitalista, único sistema que, tras la crisis del comunismo, se ha revelado como eficaz para el desarrollo de las economías de los países y creación de riqueza, abriendo la famosa “campana de cristal” de la que habla De Soto, <<facilitándoles el ticket de entrada, a los cientos de millones de personas que se quedaron mirando porque no eran conscientes de que los activos que tenían ya eran suficientes para formar parte por derecho propio en el club capitalista.>>⁴²³

En reciente publicación del Instituto Libertad y Democracia, dirigido por Hernando de Soto, titulada *La Guerra de los Notarios*, a la par que se exponen los beneficios económicos de la formalización de la titulación de la tierra, se hace una crítica al notariado, particularmente del Perú, que en opinión de ese Instituto ha representado una traba para la formalización de la propiedad.

“Ningún activo logra capturar valor si no es puesto en movimiento”,⁴²⁴ se afirma en *La guerra de los Notarios*, y se agrega: “para que genere valor y riqueza debe poderse grabarlo para obtener crédito y liquidez, venderlo, alquilarlo, dividirlo para obtener socios e inversión, representarlo en títulos o utilizarlo para cualquier finalidad que le pueda brindar al dueño beneficios económicos”,⁴²⁵ y continúa, “muchos de los obstáculos impuestos por las cúpulas notariales, así como otras trabas del Sistema Legal Peruano impide que los pobres movilicen sus activos y les agreguen valor. Los altos costos de sus servicios, su omnipresencia en los repetidos trámites exigidos, los excesivos requisitos profesionales para ser notario, su número (limitado y cerrado), sus aranceles y cobranzas arbitrarias, su falta de responsabilidad por la veracidad del contenido de los actos que certifican, la distribución manipulada de oportunidades en el mismo gremio, sus cotos de casa y su mercado cautivo territorial hacen difícil

⁴²³ *Ibidem*.

⁴²⁴ “La guerra de los Notarios.” Instituto Libertad y Democracia. Pág.3.

⁴²⁵ *Ibidem*.

que los pobres utilicen sus activos para generar riqueza.”⁴²⁶ Y concluye preguntándose y contestándose: ¿cómo hacer que el Colegio de Notarios propicie la expansión de los servicios de sus miembros para dar mayor seguridad a las transacciones populares para que tanto los usuarios como los notarios incrementen su riqueza? Modernizar la función notarial para generar un valor significativo que permita la identificación de personas, la regularización de la propiedad y las construcciones, la solución de conflictos, la tramitación de procesos no contenciosos, el cumplimiento de contratos y obligaciones, la simplificación de trámites, constituirse en alternativa a procesos judiciales engorrosos y la reducción de costos de transacción, entre otros. Podrían hacer esto en lugar de ser obstáculo al acceso de los pobres a la propiedad y a la empresa.⁴²⁷

Antes de analizar las críticas al notariado, es importante poner de manifiesto la importancia económica, que de acuerdo con el estudio en cuestión, tiene la formalización de la propiedad. Al respecto se expone en el Capítulo 2, de la Guerra de los Notarios, entre otras cosas, que según el Banco Mundial, encuestas recientes en Polonia, Rumania, Rusia, Eslovaquia y Ucrania muestran que los empresarios que creen que sus derechos de propiedad están seguros reinvierte entre catorce y cuarenta por ciento más de sus ganancias que aquellos que creen lo contrario. Asimismo, se encontró que en Ghana y Nicaragua los agricultores invierten hasta ocho por ciento más en su tierra cuando sus derechos de propiedad se encuentran seguros.

Asimismo, se dice que varios estudios del Banco Mundial, señalan que el valor de la tierra rural en Brasil, Indonesia, Filipinas y Tailandia aumentó entre cuarenta y tres a ochenta y uno por ciento luego de ser titulada. En el caso de la tierra urbana, la titulación incrementó el valor en catorce por ciento en Manila, en veinticinco por ciento en Guayaquil y Lima, y en cincuenta y ocho por ciento en Davao.

⁴²⁶ *Ibidem.*

⁴²⁷ *Ibidem.*

En el caso de China -sostiene el estudio del Instituto Libertad y Democracia- los distintos estudios recogidos por el Banco Mundial indican que los efectos combinados de la titulación junto con la liberalización de precios elevaron la producción agrícola en cuarenta y dos por ciento entre 1978 y 1984. Y se calcula que la mitad del incremento se debió a la asignación de propiedad privada. De igual manera la mayor inversión de los agricultores tailandeses que recibieron títulos de propiedad hizo que su producción fuese entre catorce y veinticinco por ciento más alta que la de los que no tenían título. Y en Vietnam, los hogares rurales que tenían títulos de propiedad claros dedicaron más de siete por ciento de tierra adicional a sus cultivos, lo que les trajo luego de algunos años mayores ingresos. Por otro lado, en los pueblos jóvenes de Lima, señala el Banco Mundial, casi la mitad de aquellos que tienen título han invertido en mejorar sus hogares.

El Banco Mundial -continúa el estudio Libertad y Democracia- también hace hincapié en que incluso los pobres sin tierra pueden beneficiarse cuando los derechos de propiedad se encuentran seguros. Los propietarios cuyos derechos son inseguros suelen tener más reparos para alquilar sus propiedades, temiendo que sus inquilinos se apropien de estas y ellos no tengan una vía legal de recuperarlas. En República Dominicana, por ejemplo, el efecto de establecer derechos de propiedad más seguros incrementó el alquiler de predios en 21 %. El porcentaje de pobres que arriendan predios se incrementó en 40% y el área arrendada creció en 67%.

Finalmente, en el trabajo en comento se hace referencia a los interesantes estudios realizados por Galiani y Schargrotsky, sobre los efectos de la titulación. Se relata que hace más de veinte años "un grupo de invasores ocupó una serie de terrenos en las afueras de Buenos Aires. El gobierno pudo entregar títulos solo a una parte de los invasores. El grupo que obtuvo título no era distinto del que no lo tuvo y las parcelas compartían las mismas características. Galiani y

Schargrotsky estudiaron cuál había sido la diferencia de comportamiento que había producido la titulación en estos individuos.

Entre otras cosas, los investigadores encontraron que quienes tenían un título de propiedad invertían más en sus casas, ya que sabían que nadie los despojaría de su inversión. En el caso de los que tenían títulos de propiedad la cantidad de casas con paredes de buena calidad aumentó en cuarenta por ciento, mientras que la cantidad con techos de buena calidad aumentó en cuarenta y siete por ciento. Field encontró resultados similares en Lima. Según su estudio, la titulación se encuentra asociada con un aumento de sesenta y ocho por ciento de la tasa de renovación del hogar luego de cuatro años de haber recibido el título."⁴²⁸

Además, en el trabajo realizado por el Instituto Libertad y Democracia, se destaca que los beneficios de la titulación no se limitan simplemente al incremento del valor de la propiedad, sino que tiene repercusiones en el ámbito de la educación, se reduce el trabajo infantil y se generan más oportunidades laborales para las mujeres y mejor control de la natalidad. Así, de acuerdo con el estudio de Field, citado en el trabajo de referencia, quienes viven en los predios sin títulos tienen que dedicar tiempo a los mecanismos que establece la comunidad a la que pertenecen, para proteger las viviendas extralegales. Asimismo, suelen tener conflictos sobre los límites de sus terrenos y cuentan con menos recursos legales para protegerse de un robo. Esto explica, como señala Field, que el cuarenta y siete por ciento de quienes no cuentan con un título de propiedad en el grupo que se estudió, dejen a alguien en el predio para que lo proteja, y que inviertan en promedio más de trece horas semanales en proteger sus viviendas. En el caso de las familias que recibieron un título de propiedad, Field encontró que al tener mayor seguridad sobre sus bienes dedican más tiempo a trabajar fuera de la casa, lo cual les permite acceder a mejores oportunidades laborales y elevar sus ingresos. Las más beneficiadas suelen ser las mujeres quienes usualmente se quedan a cuidar la vivienda informal.

⁴²⁸ *Ibidem.*

Por otra parte, Galiani y Schargrotsky también encontraron que el tamaño de las familias que recibieron títulos era en promedio menor. Aparentemente, la explicación es que al tener un derecho de propiedad hay más seguridad para la vejez y es menos necesario confiar en los hijos como seguro de retiro. Los pobres no suelen tener una pensión de jubilación ni rentas que los mantengan en la vejez. Los únicos que cuidarán de ellos cuando sean ancianos serán sus hijos. Por eso, su única estrategia para "asegurar su jubilación" es tener la mayor cantidad de hijos posible. Pero cuando se tiene un derecho de propiedad se tiene a la vez mayor seguridad para el retiro. Se tiene la tranquilidad de que se contará con un techo y eventualmente una renta, por lo que es menos necesario apostar por tener una gran cantidad de hijos.

Finalmente, -sostiene el Instituto para la Libertad y la Democracia- la experiencia peruana con COFOPRI muestra que los títulos de propiedad tienen un impacto importante sobre la situación de la mujer y han sido uno de los principales factores en la reducción de las diferencias de género. Esto puede constatarse con claridad en lo que se refiere a la distribución del crédito. Si bien el género masculino mantiene una mayor participación en créditos de consumo, las mujeres propietarias han sacado ventaja en los créditos orientados a la microempresa con un 54% frente al 46% de los hombres, lo que evidencia la consolidación de la participación femenina en este segmento.

En respuesta a las consideraciones expuestas en *La Guerra de los Notarios* podemos señalar que resulta totalmente ajeno a la realidad que las "cúpulas notariales" puedan imponer obstáculos para que los pobres movilicen sus activos y les agreguen valor. Los notarios no pueden hacer más que lo que la ley les faculta, de manera que no es posible que intervengan en procedimientos para los que no están legalmente facultados. Por otro lado, "los excesivos requisitos profesionales para ser notario, su número (limitado y cerrado)" no representa un obstáculo, sino por el contrario, una garantía de

eficiencia y seguridad jurídica. De la misma manera podemos decir que la existencia de aranceles se opone precisamente a “cobranzas arbitrarias” y que los aranceles los establece el Estado y no los notarios.

Coincido en cambio con el planteamiento según el cual “modernizar la función notarial para generar un valor significativo que permita la identificación de personas, la regularización de la propiedad y las construcciones, la solución de conflictos, la tramitación de procesos no contenciosos, el cumplimiento de contratos y obligaciones, la simplificación de trámites, constituirse en alternativa a procesos judiciales engorrosos y la reducción de costos de transacción” son, entre otras, las respuestas que el notariado puede ofrecer para contribuir de mejor manera al desarrollo económico de la comunidad. Sin embargo, el notariado no puede *per se*, ofrecer estas respuestas, pues su marco legal y competencial de actuación se establece en la ley, y, por tanto, es el órgano legislativo el que debe estar sensible a esta necesidad para, en consecuencia, realizar las reformas legales necesarias que faculten a los notarios llevar a cabo las acciones que se enuncian en el estudio en comento.

Por supuesto que el notario podría conocer de procedimientos de inmatriculación; de diligencias de apeo y deslinde; y por supuesto también que se podrían y deberían simplificarse trámites y establecerse precios accesibles en la titulación masiva, con supresión de pago de derechos e impuestos, pero todo esto debe ser resultado de políticas públicas que se traduzcan en reformas legales que no pueden hacer los notarios, sino que las deben realizar los órganos legislativos.

El notariado en sí no es un obstáculo al acceso de los pobres a la propiedad y a la empresa, como se afirma en *La Guerra de los Notarios*. El problema es que muchas legislaciones no se han modernizado para conformar un notariado más ágil y eficiente.

3.3.1. Titulación Masiva en México.

De acuerdo con información proporcionada por Alfonso Iracheta,⁴²⁹ México es un país predominantemente urbano en el que siete de cada diez de sus habitantes viven en ciudades y se estima, que para la década 2040-50, se alcance un crecimiento demográfico de alrededor de 150 millones de mexicanos que vivirán, casi todos, concentrados en ciudades. La vivienda y el uso del suelo en México padecen, en opinión de Iracheta, un alto nivel de informalidad y de precarismo debidos a diferentes causas que sintetiza en los siguientes términos:

"a) El modelo económico que hace de la propiedad inmobiliaria una mercancía sin función social (*neoliberalismo*) y que "expulsa" a los pobres de la ciudad consolidada por la vía de los precios.

b) Bajo ingreso y capacidad de pago de familias que requieren de un lote habitacional para asentarse (*muy mala distribución de la riqueza*).

c) Relajación del Estado de Derecho, en lo relativo al proceso de urbanización (dejar hacer, dejar pasar). Proceso funcional a la acumulación (capital, política) de corto plazo. `Todo empresario y político tiene intereses inmobiliarios´. Por ello, los planes no se aplican.

d) Falta de decisión y de políticas adecuadas para orientar y conducir la producción, aprovechamiento, mercadeo y disposición del suelo urbano y ausencia de oferta de suelo servido y bien localizado para los más pobres (*desinterés público por `lo urbano`*).

e) Mercados inmobiliarios altamente especulativos, convirtiéndose en un problema estructural del modelo económico mexicano (*ideología exacerbada de la propiedad privada*).

⁴²⁹ Iracheta, Alfonso. *Ciudad Informal y Precaria en México*. Segunda Conferencia Internacional Grupo de Titulación de la UINL. Políticas Públicas en Materia de Vivienda para abatir la Pobreza en el Continente Americano y en el Mundo. Ciudad de México 25-26 de enero de 2013.

f) Falta de recursos públicos, especialmente municipales para atender las necesidades de crecimiento urbano y urbanización pobre e informal (*no se capturan las plusvalías*).

g) Baja capacidad municipal para dar respuesta a las necesidades generales de la urbanización (*crisis financiera, desconocimiento del problema y falta de funcionarios capacitados*).

h) Mínima coordinación entre dependencias públicas responsables de 'lo urbano' y entre ámbitos de gobierno (*desorden gubernamental*).

i) Muy baja efectividad de planes y programas, ausencia de consecuencias por su incumplimiento y falta de instrumentos de suelo (*el plan no se diseña para decidir*)."⁴³⁰

Siguiendo con la exposición de Iracheta, las políticas públicas en esta materia presentaron hasta 1975 esfuerzos dispersos y poco relevantes. Entre 1966 y 1988 se asientan las bases para formalizar la planeación y acción pública para atender el fenómeno de urbanización informal y aparecen organismos como Corett e Infonavit. En 1992 se promulga la Nueva Ley Agraria y de 1996 en adelante, dice Iracheta, se cede al mercado inmobiliario y constructor el liderazgo para decidir la localización, destacando la producción de vivienda social; se empieza a reconocer la crisis urbana nacional; surgen los Institutos Municipales de Planeación. En 2013 se crea la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano y hasta la fecha se discute una nueva Ley General de Asentamientos Humanos y Ordenación del Territorio.

Aunque indiscutiblemente en México hemos avanzado sensiblemente en hacer realidad, con la intervención del notario, la titulación masiva, sin embargo, la participación del notario en otros procedimientos como la inmatriculación de la tierra, todavía es una asignatura pendiente. Actualmente, para obtener la inmatriculación de una tierra es necesario promover un procedimiento ya sea administrativo ante el propio Registro Público de la Propiedad o de carácter jurisdiccional. El Estado

⁴³⁰ *Ibidem*.

podría llevar a cabo una intensa política pública de inmatriculación de la tierra, con el apoyo del colectivo notarial, lo que implicaría un ahorro importante para el gasto público, pues no se requerirían empleados administrativos o judiciales para realizarla y, por otra parte, disminuirían los costos para los interesados, pues se podría establecer un arancel especial para estas operaciones. Para ello sería necesario, obviamente, una reforma legal que faculte a los notarios a intervenir en este tipo de procedimientos.

La titulación de la propiedad en México y particularmente en la Ciudad de México, que comprende un área conurbada entre el Distrito Federal y el Estado de México, con una población aproximada de veinte millones de personas, representa un arduo problema jurídico, debido a la compleja situación jurídica de la tenencia de la tierra, en la que se involucran varios regímenes jurídicos, que no puede resolverse, sin la intervención de un profesional altamente especializado en este ámbito jurídico, como lo es el notario público. En la solución de este problema deben considerarse los siguientes aspectos:

- Un régimen constitucional que regula tres tipos de propiedad: la propiedad pública (propiedad del Estado o de la Nación como dice la Constitución), la propiedad social (que es la propiedad agraria) y la propiedad privada (que por exclusión es toda aquella que no es ni pública ni social).
- En la propiedad pública, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas no puede realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes.
- Por lo que se refiere a la propiedad social, hasta antes de la reforma a la Ley Agraria de 1992 era imposible la privatización de

la propiedad ejidal y comunal,⁴³¹ y por tanto, el ejidatario o comunero no podían adquirir el dominio pleno y como consecuencia tampoco enajenar sus derechos parcelarios, los cuales solo podían transmitirse por herencia a sus familiares y dependientes económicos. Este *status jurídico* generó innumerables asentamientos humanos irregulares, en condiciones de pobreza muchas veces extrema. Actualmente, tanto la Constitución en el artículo 27, como la ley agraria en el artículo 80, permiten ya la enajenación de los derechos parcelarios.

- Un régimen político en el que coexisten tres órdenes de gobierno: Federal, estatal y municipal, y consecuentemente tres tipos de ordenamientos: federales, locales y municipales, tanto legales como reglamentarios.
- Un Estatuto de Gobierno *sui generis* para el Distrito Federal que no le reconoce plena soberanía como a las entidades federativas, y que lo divide territorialmente en delegaciones y no en municipios libres, con diferentes atribuciones y competencias.
- Diversas vocaciones de uso de suelo en las que se consideran zonas habitacionales de diferente densidad de población, zonas comerciales, zonas industriales, áreas de conservación o de reserva ecológica, áreas para uso agrícola o pecuario y restricciones por razones de protección civil.

La Ciudad de México y su área conurbada tenía, en el año de 1910, una población de 471,000 habitantes que representaba aproximadamente el 3% de la población total del país y pasó, en el

⁴³¹ AGUILASOCHO RUBIO, Ricardo. *Guía para las enajenaciones agrarias*. Popocatepetl Editores S.A de C.V. 2º Edición. México 2009. Pág. 150. La propiedad social es la que está sujeta al régimen ejidal o comunal, regida por las normas agrarias. La adopción del dominio pleno de parcelas ejidales está previsto por el art. 27, fracc. VII, cuarto párrafo, constitucional y 81 y 82 LA. La asunción del dominio pleno de parcelas comunales pudiera encontrar sustento en el art. 107 o 104 LA, ante la falta de disposición expresa [...] el dominio pleno es la conjunción del Derecho individual del ejidatario o comunero o posesionario para, una vez delimitadas y asignadas la mayor parte de las tierras del ejido o comunidad, y contando con el certificado parcelario, solicitar a la asamblea general de formalidades especiales, y de la facultad de ésta para otorgar o negar la transmisión de la propiedad de parcelas ejidales o comunales, en favor de aquellos, para transformar la propiedad social, excluir las parcelas de este régimen e incorporarlas al régimen de propiedad privada;”

transcurso de un siglo, a convertirse en una de las más grandes urbes del mundo con aproximadamente veinte millones de habitantes.⁴³² El explosivo crecimiento de la Ciudad de México y de los municipios mexiquenses con ella conurbados, propició un caos en la tenencia de la tierra que para resolverlo y, además, satisfacer la creciente necesidad de vivienda, ha requerido de intensas políticas públicas; políticas que no habría sido posibles implementar y desarrollar con éxito sin la intervención destacada del notariado.

Las políticas públicas del Estado mexicano tienen su fundamento en el artículo 4° de la Constitución General de la República que en su parte conducente establece: "Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo."

En debido cumplimiento de esta disposición, con fecha 27 de junio de 2006 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Vivienda, que en el primer párrafo de su artículo 1° indica: "La presente ley es reglamentaria del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de vivienda. Sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto establecer y regular la política nacional, los programas, los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de vivienda digna y decorosa."

⁴³² SÁNCHEZ GÓMEZ Narciso, *Desarrollo Urbano y Derecho Ambiental*, Editorial Porrúa, Primera edición, México, 2004. pág. 78. El autor transcribe el siguiente texto de Unikel, Luis, y otros colaboradores. *El desarrollo urbano de México: diagnóstico e implicaciones futuras*, Segunda edición, Colegio de México, 1978, México, pág. 10. "México tiene una larga tradición urbana, ya que la forma de organización de la población en los años anteriores a la conquista, como la del imperio español y los modos de vida de la etapa independiente, han tenido a las áreas urbanas como escenario de sus más profundas manifestaciones. Así, puede afirmarse que el proceso de urbanización rápido que el país experimenta en la actualidad es en parte el resultado natural de una forma de vida urbana que tiene siglos de enraizamiento. El tamaño de la población de México a la llegada de los españoles ha sido motivo frecuente de discusión. Alrededor de 1521, la población central era un poco mayor de 2.5 millones de habitantes, más o menos dispersos en multitud de poblados. En los 60 años posteriores a tal fecha, la población disminuyó a 1.9 millones, en lo que podría calificarse como la mayor crisis demográfica de la historia de México. Hacia fines del siglo XVI la población alcanzaba únicamente dos millones de habitantes. Desde antes del inicio de la conquista ya existían centros urbanos de tamaño considerable como Teotihuacán con 100,00 habitantes en el siglo XI y Tenochtitlán con 300,000 al inicio de la conquista [...]. La Ciudad de México, su población en 1742, alcanzó un total de 101,000 habitantes, siendo la capital virreinal, núcleo principal de las relaciones entre la metrópoli y la Nueva España en la que a partir de 1750, se percibe la existencia de un sistema urbano definido por los centros de población existentes a lo largo de las vías de comunicaciones entre las ciudades mineras del norte y la capital."

Esta ley crea el Sistema Nacional de Vivienda como un mecanismo permanente de coordinación y concertación entre los sectores público, social y privado (artículo 13°), y para cumplir con sus fines se establece la Comisión Nacional de Vivienda como un organismo descentralizado, de utilidad pública e interés social, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 18°), a la cual corresponde, entre otras atribuciones "formular, ejecutar, conducir, coordinar, evaluar y dar seguimiento a la política nacional de vivienda y el programa nacional en la materia, así como proponer, en su caso, las adecuaciones correspondientes, de conformidad con los objetivos y prioridades que marque el Plan Nacional de Desarrollo." (artículo 19° Frac. I).

Asimismo la Ley prevé la creación de un Consejo Nacional de Vivienda como instancia de consulta y asesoría del Ejecutivo Federal, que tendrá por objeto proponer medidas para la planeación, formulación, instrumentalización, ejecución y seguimiento de la política nacional de vivienda. La ley establece además que el Ejecutivo Federal promoverá la participación de los sectores social y privado en la instrumentación de los programas y acciones de vivienda. Finalmente cabe destacar que el sector público, conjuntamente con la participación de los sectores social y privado, apoyarán esquemas para que el crédito destinado a la vivienda sea accesible a toda la población (artículo 54).

Las políticas públicas que necesariamente pasan por el notariado para la regularización de la tenencia de la tierra y la correspondiente titulación, se puntualizan en el Programa Nacional de Vivienda implementado para los años 2007-2012, que tiene como objetivos:

1. Incrementar la cobertura de financiamiento ofrecido a la población, particularmente para las familias de menores ingresos.
2. Impulsar un desarrollo habitacional sustentable.
3. Consolidar el sistema nacional de vivienda, a través de las mejoras de gestión pública.

4.Consolidar una política de apoyos que facilite a la población de menores ingresos acceder al financiamiento de vivienda.

En la ponencia⁴³³ presentada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., por conducto de los notarios Figueroa Márquez y Aguilasocho Rubio, se considera que en materia de escrituración masiva, en México se distinguen tres vertientes:

- a) La regularización de la tenencia de la tierra.
- b) La titulación de vivienda nueva.
- c) La formalización de las adquisiciones precarias de vivienda usada; si bien es cierto que en alguna de las fases de su devenir histórico y de su proceso actual, coinciden en cuanto a su tratamiento.

Para cumplir con sus responsabilidades en materia de vivienda, el Estado mexicano cuenta con los siguientes organismos:

Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra (CORETT)

Es un organismo público descentralizado del Poder Ejecutivo Federal, de carácter técnico y social, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyos objetos principales son:

Regularizar la tenencia de la tierra en donde existan asentamientos humanos irregulares ubicados en predios de origen social (ejidal y comunal) y de propiedad federal, y

Promover la adquisición y enajenación de suelo y reservas territoriales para el desarrollo urbano y la vivienda.

La Comisión, a partir de 1999, está integrada al Sector Social del Gobierno Federal coordinado por la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), en el marco de la planeación nacional de las políticas de

⁴³³AGUILASOCHO RUBIO, Ricardo y FIGUEROA MÁRQUEZ David. "Herramientas que el Notariado puede proveer para la solución de la Titulación Masiva." Ponencias presentada por la Asociación Nacional de Notariado Mexicano A.C. en la XIII Jornada Notarial Iberoamericana en Paraguay, 2008.

combate a la pobreza y de la ordenación de los asentamientos humanos en los centros de población.

Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT). Este organismo fue creado por decreto del Ejecutivo Federal del 22 de abril de 1972 que ordenó la publicación de la Ley del Instituto de Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que tiene por objeto establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores obtener un crédito barato y suficiente para: a) adquirir en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas; b) construir, reparar, ampliar o mejorar sus habitaciones; c) pagar pasivos contraídos por los conceptos anteriores. Las viviendas financiadas por el INFONAVIT significan aproximadamente 10% del total del parque habitacional existente en el país y en 36 años de vida ha otorgado más de 2.5 millones de créditos para la adquisición de vivienda, beneficiando con ello a más de 10 millones de mexicanos.⁴³⁴

Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del Estado (ISSSTE) a través del Fondo de la Vivienda del propio Instituto, denominado FOVISSSTE. En abril de 1973 se constituyó este fondo con las portaciones del Estado equivalentes al 5% del salario de los trabajadores y su misión es satisfacer la demanda de créditos para vivienda a los trabajadores al servicio del Estado. Tiene como objetivo, entre otros, establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores incorporados al régimen de ley obtener, por una sola vez, crédito barato y suficiente mediante préstamos con garantía hipotecaria sobre inmuebles urbanos, para adquirir, construir, reparar y ampliar o mejorar su vivienda. Para el año 2008, según manifiestan David Figueroa Márquez y Ricardo Aguilasocho Rubio, en la ponencia a la que ese ha hecho mérito, el FOVISSSTE programó el otorgamiento de 113,700 financiamientos para igual número de

⁴³⁴ Los datos estadísticos que se mencionan en este tema han sido tomados de la ponencia presentada por la Asociación nacional de Notariado Mexicano A.C. en la XIII Jornada Notarial Iberoamericana en Asunción Paraguay titulada *Herramientas que el notariado puede proveer para la solución de la titulación masiva* por los notarios David Figueroa Márquez y Ricardo Aguilasocho Rubio.

acciones de vivienda, con lo que incrementó en un 40% su desempeño respecto de los financiamientos que confirió en el año 2006.

Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas de México (ISSFAM) a través del Fondo Militar (FOVIMI). Este es un organismo público, descentralizado del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio que tiene como objetivo primordial brindar bienestar a los militares en servicio activo y a sus derechohabientes en materia de salud, de educación y vivienda. En materia de vivienda, tiene como propósito atender las necesidades de habitación familiar del militar otorgándole créditos para su adquisición.

Fideicomiso Fondo Nacional de Habitaciones Populares (FONHAPO). El fondo quedó constituido en el mes de mayo de 1981 para responder, en principio, a la necesidad de vivienda para la población no asalariada con ingresos de hasta 2.5 veces el Salario Mínimo, y posteriormente se extendió para atender la necesidad de vivienda rural. De acuerdo con la ponencia a que nos venimos refiriendo, el FONHAPO ha venido experimentando una serie de modificaciones y modernizaciones en sus objetivos y procesos, de manera que, en la actualidad, cuenta con un esquema de financiamiento de créditos variado y se perfila como una entidad financiera de segundo piso.

Sociedad Hipotecaria Federal. El 10 de abril de 1963, el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como fideicomitente, y el Banco de México como fiduciario, celebraron un contrato de fideicomiso para constituir un fondo de apoyo financiero denominado “*Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI)*” como parte del programa financiero de vivienda del Gobierno Federal. El FOVI es administrado desde el 26 de febrero de 2002, por la “*Sociedad Hipotecaria Federal (SHF)*”, que es una Sociedad Nacional de Crédito sectorizada a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que tiene como objeto social, impulsar los mercados primario y secundario de crédito a la vivienda e incrementar la capacidad productiva y el desarrollo tecnológico relacionados con la vivienda.

En la ponencia antes señalada, la Asociación Nacional del Notariado Mexicano destaca la participación del notariado en el conjunto de las políticas públicas para resolver las necesidades de vivienda de la población mexicana, y da cuenta de diversos convenios que el notariado ha celebrado con organismos públicos para la formalización de los créditos que otorgan con costos y honorarios reducidos, lo que ha permitido que en los últimos tres años se hayan firmado aproximadamente con el INFONAVIT 1,200,000 escrituras.

Los convenios que la Asociación Nacional del Notariado Mexicano ha firmado con el INFONAVIT son, entre otros, los siguientes:

“1.- Con fecha 13 de octubre de 2003 “LA ASOCIACIÓN” y el “INFONAVIT”, celebraron un Convenio de Cooperación, en el que se establecen los lineamientos a seguir para llevar a cabo las tareas de titulación, inscripción y constitución de garantías, así como lo relativo a los honorarios de los notarios participantes.

2.- El 24 de febrero de 2004 las partes suscribieron un Acuerdo en el que se establece el pago de honorarios y gastos de gestoría que deberán cobrar los Notarios.

3.- El 14 de diciembre de 2004 las partes suscribieron un Convenio de Cooperación en el que se establecen las bases y procedimientos para que los Notarios formalicen de manera segura y eficaz los créditos y garantías derivados del Esquema de COFINANCIAMIENTO.

4.- Con fecha 07 de junio de 2005 las partes firmaron un Convenio en el que se establece el pago de honorarios a los Notarios por la realización de los convenios modificatorios a créditos hipotecarios, otorgados por Bancos o Sofoles a derechohabientes de “EL INFONAVIT” que voluntariamente decían adherirse a los beneficios del Programa “APOYO INFONAVIT”.

5.- Con fecha 21 de diciembre de 2005 las partes suscribieron un Convenio de Cooperación en el que se establecen las bases y procedimientos y el pago de honorarios a los Notarios que formalicen los testamentos públicos abiertos de los derechohabientes acreditados de “EL INFONAVIT” que voluntariamente lo soliciten.

6.- Con fecha 28 de febrero de 2006 las partes suscribieron un Convenio de Cooperación en el que se establece el pago de honorarios a los Notarios por el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca derivada del crédito otorgado por el INFONAVIT a sus derechohabientes.

7.- El 27 de abril de 2006 las partes suscribieron un Convenio Modificatorio en el que se establece el pago de honorarios a los Notarios para las operaciones del Esquema de COFINANCIAMIENTO.”

Por lo que respecta al FOVISSSTE, el notariado mexicano ha mantenido una colaboración muy estrecha para la titulación de vivienda o cancelación de garantías y con el propósito de normar la intervención de los notarios, el 12 de noviembre de 2007 se firmó un convenio entre el FOVISSSTE y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, en el que se pactó la reducción de honorarios hasta en un 50% respecto de las cuotas o tarifas establecidos en los aranceles notariales.

En el caso del Estado de México, la LNEM en su Art. 10°, establece la obligación del notario de participar en los programas públicos para la regularización de la tenencia de la tierra y titulación masiva. Este artículo dispone:

Artículo 10. La Secretaría requerirá a los notarios de la entidad, a través del Colegio, para que realicen las funciones inherentes a su cargo en programas públicos de regularización de la tenencia de la tierra, de escrituración de vivienda de interés social progresiva y popular y otros que satisfagan necesidades colectivas, así como para prestar sus servicios en los casos y términos establecidos en la legislación electoral. Las autoridades estatales y municipales auxiliarán a los notarios del estado, para el eficaz desempeño de estas funciones.

4. La intervención del notario en la lucha contra el lavado de dinero.

4.1. El lavado de dinero.

El lavado o blanqueo de dinero puede considerarse “como las operaciones por las que los activos generados por actividades ilícitas, como delitos o fraudes fiscales, se reintroducen en el sistema económico aparentando origen lícito.”⁴³⁵ Para Del Cid Gómez, cabe decir, en resumen, que el blanqueo de capitales es “cualquier acción o intento de ocultar o disfrazar la identidad de ingresos obtenidos ilegalmente para dotarlos de una apariencia de origen legal, con objeto de evitar la confiscación por las autoridades judiciales y permitir a los delincuentes su utilización posterior.”⁴³⁶

Recuerda García Noriega que la expresión *lavado de dinero*, nació como comentario periodístico irónico en 1928, “año en que *Al Capone* adquirió la cadena legal de lavanderías Sanitary Cleaning Shops, que utilizó para atribuirles las ganancias de sus negocios delictivos.”⁴³⁷

Aunque la expresión “lavado de dinero” es relativamente reciente, en realidad la práctica de utilizar “negocios tapadera” para aparentar beneficios legales, que en realidad eran generados por actividades delictuosas, es mucho más antigua, como menciona García Noriega, quien refiere que “Las Tríadas” (*mafia china*) lo hacían desde el siglo

⁴³⁵ GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*. Ed. Difusión Jurídica. Madrid. 2010. Pág. 15.

⁴³⁶ DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Blanqueo Internacional de capitales: Cómo detectarlo y prevenirlo*. Ed. Deusto. Barcelona, España. 2007. Pág. 20.

⁴³⁷ GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 15.

DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. Pág. 21. “... parece ser que la expresión <<blanqueo de dinero>>apareció en los Estados Unidos en la década de 1920 cuando algunos grupos de delincuentes callejeros trataron de buscar un origen aparentemente legítimo para el dinero procedente de sus oscuros negocios. Entre los objetivos que buscaban podía mencionarse el deseo de ocultar sus ganancias de una policía corrupta, que a través de la extorsión pretendía obtener dinero en concepto de protección; evitar llamar la atención de bandas rivales, o, posteriormente evitar ser inculcados por evasión de impuestos. Esta causa se esgrimió a comienzos de la década de 1930 contra delincuentes ante la imposibilidad de que prosperara ningún otro cargo. Para lograr su objetivo, las bandas compraban a veces negocios del sector servicios en los que entraba una gran cantidad de dinero en efectivo. Con frecuencia, optaban por comprar lavanderías y servicios de lavado de coches, aún cuando podían ser igualmente útiles empresas de máquinas expendedoras y otras actividades.”

XVIII.⁴³⁸ Explica Del Cid Gómez que la prohibición de la usura en la Edad Media, por parte de la iglesia, que la consideraba no sólo delito, sino también pecado mortal, “agudizó el ingenio de los profesionales del comercio, quienes experimentaron nuevos mecanismos de crédito, llegando a una considerable complejidad en los contratos de compraventa de bienes”.⁴³⁹ Sin embargo, a pesar de esta prohibición, sigue relatando Del Cid Gómez, las necesidades del comercio obligaron a los mercaderes y prestamistas, dispuestos a cobrar intereses por los préstamos otorgados, a inventar prácticas muy diversas. “Estas prácticas fueron el antecedente de las modernas técnicas de ocultación, desplazamiento y blanqueo de los ingresos delictivos. Su objetivo era bien simple: ocultar totalmente los cobros por intereses o disfrazar su origen, haciéndolos parecer algo que no eran.”⁴⁴⁰

En la Mafia italoamericana, dice por su parte García Noriega, “la primera sistematización del lavado a gran escala e internacional se considera que fue la que organizó para *Lucky Luciano* su lugarteniente Meyer Lansky en 1932, por medio del fingimiento de beneficios de casinos en Cuba, sociedades *offshore* [...] y una red de negocios internacionales, falsos y verdaderos, mediante lo que se dificultaba a las autoridades norteamericanas su seguimiento contable: la internacionalización es una de las notas características habituales, aunque no imprescindible, del lavado de dinero en la actualidad. Paralelamente, en el interior de los EEUU, la Mafia organizó, entre las dos guerras mundiales, una estructura al servicio del blanqueo, con unas dimensiones desconocidas hasta entonces. Parte de esa operación de lavado a gran escala fue la creación de Las Vegas (Nevada, EEUU), obra del propio Lansky y de otro gángster, *Bugsy Siegel*. Actualmente, no se cuestiona que el interés de explotar una gran meca del juego era, para los mafiosos, no sólo el generar la gran cantidad de dinero que el juego produce, sino el blanquear los

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Óp. Cit.* Pág. 20.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

beneficios de actividades ilícitas, sacándolos a la luz como si hubieran sido producidos por los casinos.”⁴⁴¹

El problema del blanqueo de capitales ha venido evolucionando desde una actividad meramente accesoria al delito, cuando los propios delincuentes la llevaban a cabo para transparentar sus ganancias, a una *actividad criminal organizada y autónoma*,⁴⁴² al servicio de la gran delincuencia internacional. Actualmente ya no son los propios delincuentes quienes lavan su dinero, sino que esta actividad se confía a profesionales especializados que trabajan para distintos clientes.⁴⁴³ Por ello se afirma que el blanqueo es una categoría de los delitos llamados de *iniciados*⁴⁴⁴. “No se trata de una actividad *amateur* ni, en sus niveles superiores, al alcance de delincuentes ajenos al sistema financiero y jurídico, cuyos entresijos exige conocer para valorar adecuadamente los *puntos de riesgo*.”⁴⁴⁵

Diversos factores económicos propiciaron el blanqueo de capitales: la sustitución por la mayoría de los estados del sistema de control de cambios por el de libertad de circulación de capitales; la globalización económica que implantó una filosofía económica liberal y aperturista; el desarrollo de las comunicaciones (internet) que permite mover los capitales hacia y desde cualquier lugar sin importar fronteras.⁴⁴⁶ A estos factores habría que agregar diversos acontecimientos sociopolíticos que incidieron, de manera relevante, en la práctica del lavado de dinero, como la descomposición de la URSS, a finales de los años 80 y

⁴⁴¹ GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 16.

⁴⁴² *Ídem.* Pág. 18

⁴⁴³ Del Cid Gómez, Juan Miguel. *Óp. Cit.* Pág. 11. “Las organizaciones delictivas han convertido al blanqueador en un profesional experto en materias legales y financieras, cuyo cometido es camuflar el verdadero origen ilícito de los bienes que son objeto de blanqueo. Para conseguir este objetivo, se utilizan variados métodos, como crear sociedades ficticias, adquirir empresas con problemas financieros, abrir múltiples cuentas en diversas oficinas o entidades bancarias, mezclar dinero sucio con el de una actividad aparentemente legal, etc.”

⁴⁴⁴ GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 17.

⁴⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁴⁶ *Ídem.* Págs. 20 a 23.

DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Óp. Cit.* Pág. 22. En el mismo sentido, Juan Miquel del Cid afirma: “En la actualidad, el blanqueo de capitales se ha convertido en un fenómeno de dimensiones internacionales. La globalización, caracterizada por la desregulación del comercio y de los flujos de capital, y el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, ha proporcionado a la delincuencia organizada la oportunidad de construir y compartir infraestructuras económicas internacionales.”

principio de los 90 del siglo pasado, que aportó, de acuerdo con García Noriega, un elemento contaminante de primer orden a la economía mundial.⁴⁴⁷

Para tener una idea de lo que representa en la economía, el lavado de dinero, según datos que aporta García Noriega, podría llegar hasta a un 10% del producto interno bruto (PIB) mundial. La OCDE lo estima en un 2 a un 5%. La Confederación de Comerciantes Italianos, Confcommercio, estimaba según informe del año 2000, en 155,000 mil millones de euros el volumen de negocio anual de las mafias italianas. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) estima en unos 85,000 mil millones de dólares anuales el blanqueo derivado del tráfico de drogas, pero otras fuentes lo calculan hasta en unos 320,000 millones.⁴⁴⁸

En opinión de Del Cid Gómez, resulta muy difícil estimar las dimensiones de la industria mundial de la delincuencia que opera fuera de la ley, ya que sus empresas no cotizan en la bolsa, no son valoradas por ninguna sociedad auditora y su comportamiento no está sometido a ningún seguimiento exhaustivo por parte de analistas e inversores. Sin embargo, advirtiendo que no hay consenso sobre estas cifras, menciona que el mercado global al pormenor de drogas ilícitas “podría

⁴⁴⁷ *Ídem*. Pág. 24. “la expansión internacional de las organizaciones mafiosas rusas, que gozaban de un alto grado de impunidad en sus territorios de origen, desde los cuales extendieron su presencia y actividades a cualesquiera otros lugares en que tuviesen perspectivas de negocios ilegales a gran escala. Esta actividad coincidió con la oportunidad comercial que les supuso el contrabando de armas durante las guerras de disolución de Yugoslavia y la consecuente participación (cooperando o compitiendo con las organizaciones delictivas organizadas locales) en el contrabando a gran escala por la zona: armas, productos nucleares, trata de blancas, drogas, por el Danubio (la gran autopista del contrabando), los propios Balcanes, el Mar Negro y Oriente Próximo. Aunque estos grupos han extendido sus bases a España, Méjico y otros núcleos, su actividad ha sido especialmente significativa en Israel y en Chipre: en este último, junto con otros centros (como los Emiratos Árabes Unidos, Líbano o Malta), para el lavado; en Israel, para aprovechar las oportunidades que ofrece la legislación israelí respecto de la concesión de pasaporte israelí (con el beneficio anejo de la proscripción de extradición activa de sus ciudadanos) a todo aquel que acredite tener ascendencia judía, requisito fácil de demostrar, o de falsificar en su caso, por los rusos adinerados, como ha declarado el comandante jefe de la Unidad israelí de Grandes Delitos, Meir Gilboa. Entre los 750 000 judíos rusos inmigrados a Israel en la década de los 90, la Policía hebrea detectó la presencia de 30 organizaciones criminales provenientes de la antigua URSS, que, según el antiguo jefe de la Policía, Asaf Hefetz, habrían invertido en Israel cuatro mil millones de dólares estadounidenses (las cifras se refieren hasta a las realizadas hasta mediados de 1998), de los veinticinco mil millones que habrían lavado en total en ese tiempo fuera del espacio exsoviético (principalmente, en Suiza, Liechtenstein y Chipre) y dentro del mismo.”

⁴⁴⁸ *Ídem*. Pág. 29.

representar unos 400,000 millones de dólares al año”⁴⁴⁹ y “el contrabando de personas, armas, petróleo y diamantes, generaría otros 100,000 millones de dólares al año.”⁴⁵⁰

En términos generales se reconocen, como las tipologías más comunes, de blanqueo de capitales las siguientes:

- a) La utilización de negocios legales para simular que las ganancias provienen de ellos.
- b) El *pitufeo*, o fraccionamiento de los fondos en pequeñas cantidades discretas, inferiores a los mínimos legalmente controlados y a cargo de testaferros fuera de sospecha.
- c) La creación de estructuras comerciales *tapadera (pantallas)*.
- d) La adquisición de bienes anónimos.
- e) La explotación de las diferencias legales en el tratamiento del dinero y sus controles en las diferentes jurisdicciones.⁴⁵¹

Asimismo, se considera que en general el blanqueo de capitales pasa por tres etapas: 1. Comienza con la colocación (*placement*) de los ingresos de origen delictivo en el sistema financiero legal. 2. Sigue con la etapa de encubrimiento (*layering*) que engloba una serie de transacciones financieras en las que el dinero se mueve sucesivamente para desligarlo de su origen y 3. Concluye con la fase de integración (*integration*) en la que los capitales blanqueados a través del sistema financiero regresan al blanqueador con la apariencia de un ingreso legal, quedando disponibles para su utilización.⁴⁵²

El lavado de dinero sería impensable sin la existencia de los *paraísos fiscales*. Esta denominación no es usual en los documentos de los organismos financieros internacionales que prefieren la de centro

⁴⁴⁹ DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Óp. Cit.* Pág. 26.

⁴⁵⁰ *Ibidem.*

⁴⁵¹ GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 37.

⁴⁵² DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Óp. Cit.* Pág. 23.

financiero extraterritorial *offshore*. “Un centro financiero extraterritorial es una jurisdicción en la que la mayor parte de la actividad financiera se presta a no residentes y que presenta características tales como tributación nula o muy baja, laxa regulación financiera, secreto bancario y anonimato de clientes.”⁴⁵³

El secreto bancario que garantiza la confidencialidad a los usuarios de la banca, aunado a una oferta de servicios, como las sociedades *offshore*, que facilitan el lavado, impulsaron el desarrollo de los llamados *paraísos fiscales* a partir de la promulgación de la Ley 32, de 26 de febrero de 1927, de Panamá.⁴⁵⁴ Esta *Ley* permite el registro de sociedades opacas mediante la inscripción de testaferros y personas físicas ocultando quién es el verdadero titular de las compañías en cuestión. “Con este precedente, se formaron otros paraísos fiscales en Europa (Luxemburgo, Liechtenstein, Mónaco, Andorra- segunda oleada de génesis de paraísos-), que se unieron a la tradicional Suiza, cuya oferta se limitaba, por aquel entonces, a su celosa salvaguarda del secreto bancario y no, aun, a su actual catálogo de servicios financieros particularmente refinados, fuera de los propios de la banca. La tercera oleada de constitución de paraísos fiscales está asociada a la política de supresión del régimen colonial que fomentaron las Naciones Unidas desde su creación, al final de la Segunda Guerra Mundial: si algunos territorios liberados podían sobrevivir de la explotación de sus materias primas o de su sector terciario convencional (por ejemplo, el negocio portuario), otros (o los mismos que sí podrían haber sobrevivido exclusivamente de sus posibilidades ortodoxas, como Hong Kong o Singapur), encontraron una oportunidad en su constitución como paraísos fiscales; para lo que no necesitaban ni inversión ni especiales infraestructuras de partida. La génesis de los paraísos fiscales no ha sido común.”⁴⁵⁵

⁴⁵³ *Ídem*. Pág. 31.

⁴⁵⁴ *Ídem*. Pág. 47. “Panamá, uno de los principales centros financieros del mundo con la presencia de bancos de casi todos los países del mundo y con una de las legislaciones más estrictas sobre secreto bancario y societario, ofrece exenciones fiscales a las sociedades *offshore* que realicen sus operaciones fuera de su territorio. El gobierno garantiza la absoluta confidencialidad de las transacciones financieras y comerciales.”

⁴⁵⁵ GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 145.

El número de paraísos fiscales ha venido creciendo y dada la dificultad para determinar cuando un territorio o país puede ser considerado como paraíso fiscal no es posible determinar su número exacto. De acuerdo con la lista *Tax Justice Network*, citada por Del Cid Gómez de 1970 a 2004 el número de paraísos fiscales pasó desde cerca de 25 hasta los 73.⁴⁵⁶ Los Estados en donde operan estos paraísos constituyen el mayor obstáculo para la lucha antiblanqueo pues se niegan sistemáticamente a participar en las investigaciones contra el blanqueo de capitales, e, inclusive, consideran que su éxito económico se debe a una conveniente política fiscal, a diferencia de la que siguen Estados ortodoxos, que no son capaces de bajar sus impuestos porque son ineficientes.⁴⁵⁷

Los paraísos fiscales que inicialmente sirvieron para salvaguardar *dinero sucio* resultante de evasión fiscal (por ellos se conocieron primero como *tax haven- refugios fiscales* y después *tax heaven*)⁴⁵⁸ se usaron, posteriormente, para lavar también *dinero* negro, es decir, las ganancias provenientes del delito, principalmente tráfico de drogas, y, por último, para financiar el terrorismo. Por ello se ha incrementado la lucha contra el blanqueo de capitales que incluye la investigación contra el financiamiento del terrorismo.

4.2. La Organización de las Naciones Unidas y la lucha contra el lavado de dinero.

La Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado una importante tarea en la lucha contra el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo. Las principales acciones que ha llevado a cabo son las siguientes:

1. La Convención de Las Naciones Unidas contra el *Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, de diciembre de 1988, que establece como propósito promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos

⁴⁵⁶ DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Óp. Cit.* Pág. 49.

⁴⁵⁷ *Ídem.* Pág. 178.

⁴⁵⁸ *Ídem.* Pág. 152.

aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional y, en consecuencia, cada una de las partes adoptará las medidas para tipificar como delitos penales en su derecho interno, entre otros, la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos previamente tipificados. Asimismo exige a los Estados la cooperación internacional en materia penal, que incluye la extradición, el decomiso y la asistencia jurídica recíproca.

2. La Resolución 49/60 aprobada por la Asamblea General (ONU) sobre *Medidas para eliminar el terrorismo Internacional*, de 9 de diciembre de 1994, en la cual se ratifica el compromiso de los Estados Miembros de abstenerse de organizar, instigar, facilitar, financiar, alentar o tolerar actividades terroristas y de intensificar su cooperación, en particular mediante el intercambio sistemático de información relativa a la prevención del terrorismo y la lucha en su contra, con miras a combatirlo eficazmente, disminuyendo su internacionalización creciente y sus efectos.

3. El Convenio Internacional de la ONU para la *Represión de la Financiación del Terrorismo*, de 9 de diciembre de 1999, en el que se reconoce “que la financiación del terrorismo es motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional”, y, observando “que los instrumentos jurídicos multilaterales vigentes no se refieren explícitamente a la financiación del terrorismo”, y, convencidos “de la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a elaborar y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir la financiación del terrorismo así como para reprimirlo mediante el enjuiciamiento y castigo de sus autores” acordó en el artículo 8º, lo siguiente:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos internos, para la identificación, la detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos indicados en el artículo 2,

así como el producto obtenido de esos delitos, a los efectos de su posible decomiso.

2. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con sus principios jurídicos internos, las medidas que resulten necesarias para el decomiso de los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos indicados en el artículo 2 y del producto obtenido de esos delitos.

3. Cada Estado Parte interesado podrá considerar la posibilidad de concertar acuerdos para compartir con otros Estados Partes, por norma general o en cada caso, los fondos procedentes de los decomisos previstos en el presente artículo.

4. Cada Estado Parte considerará el establecimiento de mecanismos mediante los cuales los fondos procedentes de los decomisos previstos en el presente artículo se utilicen para indemnizar a las víctimas de los delitos mencionados en los incisos a) o b) del párrafo 1 del artículo 2, o de sus familiares.

5. La aplicación de las disposiciones del presente artículo se efectuará sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

Asimismo, en el artículo 12, se dispone:

1. Los Estados Partes se prestarán la mayor asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos enunciados en el artículo 2, incluso respecto de la obtención de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Los Estados Partes no podrán rechazar una petición de asistencia judicial recíproca al amparo del secreto bancario.

3. El Estado Parte requirente no utilizará ni comunicará la información o prueba que reciba del Estado Parte requerido para investigaciones, enjuiciamientos o causas distintos de los consignados en la petición, sin la previa autorización del Estado Parte requerido.

4. Cada Estado Parte podrá estudiar la posibilidad de establecer mecanismos para compartir con otros Estados Partes la información o las pruebas necesarias a fin de establecer la responsabilidad penal, civil o administrativa en aplicación del artículo 5.

5. Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumban en virtud de los párrafos 1 y 2 de conformidad con los tratados u otros acuerdos de asistencia judicial recíproca que existan entre ellos. En ausencia de esos tratados o acuerdos, los Estados Partes se prestarán dicha asistencia de conformidad con su legislación nacional.

4. La Convención de las Naciones Unidas contra la *Delincuencia Organizada Transnacional*, conocida como *Convención de Palermo*, adoptada por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25, la que tiene como propósito promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, y en la cual se establece, en los artículos 6° y 7°, en relación con el blanqueo de capitales, lo siguiente:

Artículo 6

Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la

confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Artículo 7

Medidas para combatir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales), sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los

Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las

autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

Es de destacar que, como se estipula en el inciso b) del apartado 1, del artículo 7°, los Estados deberán considerar la posibilidad de establecer dependencias de inteligencia financiera, conocidas como UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de capitales.

5. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, aprobada por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003, la cual contiene una disposición –artículo 14- relativa a las *Medidas para prevenir el blanqueo de dinero*. Esta disposición es del tenor literal siguiente:

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación,

análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que:

a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente;

b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y

c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.

4. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

5. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

Hace notar García Noriega que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas empezó a ocuparse tardíamente (hasta los años 90) del lavado al servicio del terrorismo. Que la resolución 1267 al crear el comité que lleva su nombre “proporcionó al Consejo un órgano de seguimiento que se había evidenciado imprescindible para evaluar la

eficacia práctica de sus resoluciones”⁴⁵⁹ y agrega que en la actividad actual del Consejo de Seguridad ha tenido mucho que ver el impulso dado al mismo en la materia por los EEUU a partir del *atentado de las Torres Gemelas* el 11 de septiembre de 2001.

4.3. EI GAFI.

En la Cumbre de París de 1989 del G-7 (Estados Unidos de América, Japón, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Canadá), los Estados miembros decidieron la creación de una *fuerza de choque* contra el blanqueo de dinero, y de esta forma nació dentro del seno de la OCDE⁴⁶⁰ el Grupo de Acción Financiera Internacional contra el lavado de dinero GAFI (FATF, por sus siglas en inglés *Financial Action Task Force on Money Laundering*), que es el principal organismo internacional en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

El GAFI tiene como propósitos fundamentales proponer la implantación de normas antiblanqueo y contra la financiación del terrorismo; evaluar

⁴⁵⁹ *Ídem*. Pág. 110.

⁴⁶⁰ http://www.oecd.org/document/25/0,3746,en_36734052_36761863_36952473_1_1_1_1,00.html

The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) is celebrating its 50th anniversary, but its roots go back to the rubble of Europe after World War II. Determined to avoid the mistakes of their predecessors in the wake of World War I, European leaders realised that the best way to ensure lasting peace was to encourage co-operation and reconstruction, rather than punish the defeated.

The Organisation for European Economic Cooperation (OEEC) was established in 1947 to run the US-financed Marshall Plan for reconstruction of a continent ravaged by war. By making individual governments recognise the interdependence of their economies, it paved the way for a new era of cooperation that was to change the face of Europe. Encouraged by its success and the prospect of carrying its work forward on a global stage, Canada and the US joined OEEC members in signing the new OECD Convention on 14 December 1960. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) was officially born on 30 September 1961, when the Convention entered into force.

Other countries joined in, starting with Japan in 1964. Today, 34 OECD member countries worldwide regularly turn to one another to identify problems, discuss and analyse them, and promote policies to solve them. The track record is striking. The US has seen its national wealth almost triple in the five decades since the OECD was created, calculated in terms of gross domestic product per head of population. Other OECD countries have seen similar, and in some cases even more spectacular, progress.

So, too, have countries that a few decades ago were still only minor players on the world stage. China, India and Brazil have emerged as new economic giants. Most of the countries that formed part of the former Soviet bloc have either joined the OECD or adopted its standards and principles to achieve our common goals. Russia is negotiating to become a member of the OECD, and we now have close relations with Brazil, China, India, Indonesia and South Africa through our “enhanced engagement” programme. Together with them, the OECD brings around its table 40 countries that account for 80% of world trade and investment, giving it a pivotal role in addressing the challenges facing the world economy.

el grado de cooperación de los estados en la lucha antiblanqueo y antifinanciación terrorista. Para este efecto emite calificaciones sobre un determinado país o territorio con la categoría de NCCT,⁴⁶¹ o sea, país o *territorio no cooperante (non-cooperative country or territory)*, con la cual se señala a los países o territorios que no facilitan información o que no cumplen las recomendaciones GAFI sobre transparencia y control; y desarrolla técnicas de antiblanqueo a partir de la detección de los métodos utilizados por los blanqueadores.

El GAFI emitió en 1990, *40 Recomendaciones*, conocidas como las “40R’s” que en principio estuvieron dirigidas a la lucha antidroga, pero revisadas en 1996 y formuladas en su versión vigente en el año 2003, se dirigen ahora a los Estados a los que recomienda medidas legislativas y de control de determinadas actividades y sectores, casinos, sociedades *offshore*, bancos, y a los propios agentes implicados en actividades de riesgo como abogados, *notarios*, bancos, contadores, comerciantes de oro y joyería, casinos, a quienes se atribuye pautas de cooperación, como la llamada obligación de denuncia de las SAR-información de actividades sospechosas *suspect activities report*,⁴⁶² lo que -apunta García Noriega-, ha generado el mayor rechazo entre los profesionales implicados, por cuanto se enfrenta a las reglas tradicionales del secreto profesional, que el GAFI gusta denominar el privilegio profesional.⁴⁶³ Como veremos, la tensión entre el secreto profesional y la denuncia por sospecha, es el aspecto más controvertido en la lucha del antiblanqueo de capitales, por lo que hace a las profesiones jurídicas y contables.

Las *Cuarenta Recomendaciones*, siguiendo a Del Cid Gómez, abordan cuatro aspectos:

⁴⁶¹ DEL CID GÓMEZ, Juan Miquel. *Óp. Cit.* Pág. 105. “Los criterios para incluir un país en dicha lista son:

- Ausencia o inadecuada regulación y supervisión bancaria.
- Medidas de identificación de clientes inadecuadas, cuentas anónimas y con nombre ficticio.
- Falta de registros durante al menos cinco años.
- Secreto bancario y societario.
- Inexistencia de UIF o inadecuado sistema de información sobre actividades sospechosas.
- Obstáculos para la cooperación administrativa y judicial internacional.”

⁴⁶² GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 120.

⁴⁶³ *Ídem.* Pág. 120.

- **Sistemas Jurídicos.** Qué tienen que hacer los órganos legislativos de cada país para crear un marco legal que permite combatir el blanqueo de capitales. Por ejemplo, la primera recomendación legal es que los gobiernos consideren delito en su propio derecho el blanqueo de capitales en base a la Convención de 1988 de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y la Convención de 2000 de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo). Los gobiernos deberían aplicar el delito de blanqueo a todos los delitos graves a los efectos de incluir la gama más amplia de delitos subyacentes, aunque hayan sido cometidos en otro país.
- **Medidas que deben adoptar las instituciones financieras y otras actividades y profesiones no financieras.** Incluye aquellas que incumben a casinos, agentes inmobiliarios, comerciantes de metales y joyas preciosas, abogados, notarios, contables, etcétera, para impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por ejemplo, adoptando procedimientos de debida diligencia con los clientes (identificación y verificación de su identidad) y llevando registros actualizados sobre los mismos. También han de informar sobre operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera de su país.

Las instituciones financieras y las actividades y profesiones no financieras han de desarrollar programas que incluyan políticas, prácticas, procedimientos y controles internos de detección; programas permanentes de capacitación de empleados y una función de auditoría para probar el sistema. Especial atención han de prestar las entidades financieras a las operaciones realizadas por personas políticamente expuestas y la banca corresponsal y con personas o instituciones de países que no aplican las recomendaciones del GAFI. Además, los diferentes gobiernos deberían asegurarse de que las instituciones financieras actúan bajo la regulación y la supervisión adecuada.

- **Medidas Institucionales.** Creación por parte de los países de una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) o Financial Intelligent Unit (FIU) que reciba y analice los informes sobre actividades sospechosas y cualquier información relacionada con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. También han de tener facultades para vigilar el cumplimiento por parte de las instituciones financieras de las obligaciones de combatir el blanqueo y la financiación del terrorismo, pudiendo realizar inspecciones e imponer sanciones administrativas.
- **Cooperación internacional.** Los gobiernos deberían trabajar conjuntamente, intercambiando información y estableciendo tratados bilaterales en relación con las investigaciones y los procesos judiciales relacionados con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.⁴⁶⁴

Posteriormente, en la asamblea extraordinaria del GAFI, de Washington, de octubre de 2001, se adoptaron 8 recomendaciones especiales para prevenir la financiación del terrorismo, -el GAFI ha sido el primer organismo internacional que ha emprendido acciones dirigidas a la comunidad internacional para evitar la financiación de actividades terroristas-⁴⁶⁵ que completaron las 40R's, a las que finalmente en 2004 se agregó una novena. Estas 9 recomendaciones especiales son las siguientes:

I. Ratificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas

Cada país debe tomar inmediatamente los pasos necesarios para ratificar e implementar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo de 1999.

Asimismo, los países deben implementar de inmediato las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la

⁴⁶⁴ DEL CID GÓMEZ, Juan Miquel. *Óp. Cit.* Pág. 103.

⁴⁶⁵ *Ibidem.*

financiación de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

II. Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado

Cada país debe tipificar como delito la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deberán asegurarse que tales delitos se establezcan como delitos previos del de lavado de activos.

III. Congelamiento y decomiso de activos terroristas

Cada país deberá implementar medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de los actos terroristas.

Cada país también deberá adoptar e implementar las medidas, incluidas las legislativas, que permitan a las autoridades competentes la incautación, el embargo y el decomiso de la propiedad que procede, se utiliza o se intenta utilizar o destinar a la financiación de terrorismo, los actos terroristas o las organizaciones terroristas.

IV. Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo

Si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetas a las obligaciones de control del lavado de activos, sospechan o tienen indicios razonables para sospechar que existen fondos vinculados o relacionados con o que pueden ser utilizados para el terrorismo, los actos terroristas o por organizaciones terroristas, se les debe obligar a que informen rápidamente de sus sospechas a las autoridades competentes.

V. Cooperación internacional

Cada país deberá proporcionar a otro país, sobre la base de un tratado, acuerdo o mecanismo de asistencia mutua legal o intercambio de información, el máximo grado posible de asistencia en conexión con investigaciones, informes y procedimientos criminales, civiles y administrativos relativos a la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas.

Además, los países deberían tomar todas las medidas posibles para asegurar que se denegará el refugio a los individuos acusados de financiar el terrorismo, y deben contar con procedimientos vigentes para extraditar, cuando sea posible, a tales individuos.

VI. Sistemas alternativos de envíos de fondos

Los países deberán tomar todas las medidas posibles para asegurar que las personas físicas y jurídicas, incluyendo los agentes, que brindan servicios de transmisión de dinero o títulos valores, incluyendo las transferencias a través de redes o sistemas informales, deban estar autorizadas o registradas y sujetas a todas las Recomendaciones del GAFI aplicables a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país deberá asegurar que a las personas físicas o jurídicas que realicen este servicio ilegalmente se les impongan sanciones administrativas, civiles o penales.

VII. Transferencias por cable

Los países deben tomar medidas para exigir a las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, que incluyan información adecuada y significativa sobre el ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta) en las transferencias de fondos y mensajes relativos a las mismas; dicha información debe permanecer con la transferencia o mensaje relativo a ella a través de la cadena de pago.

Los países deben tomar medidas para asegurar que las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, realicen un examen detallado y vigilen las transferencias de fondos de actividades sospechosas que no contengan toda la información acerca del ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta).

VIII. Organizaciones sin fines de lucro

Los países deben revisar la adecuación de las leyes y reglamentos referidos a entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que las mismas no sean utilizadas ilegalmente:

(i) por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales;

(ii) para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos y;

(iii) para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas.

IX. Correos de efectivo

Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación.

Los países deberían asegurarse que sus autoridades competentes tienen la atribución legal para detener o retener dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador que se sospecha están relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, o que son falsamente declarados o revelados.

Los países deberían asegurarse que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas estén disponibles para ser aplicadas a las personas que realizan una falsa declaración o revelación. En aquellos casos que el dinero en efectivo o los instrumentos negociables al portador estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, los países también deberían adoptar medidas, incluyendo las legislativas, consistentes con la Recomendación 3 y la Recomendación Especial III, que habilitarán el decomiso de dicho dinero en efectivo o instrumentos.

A pesar del trabajo desarrollado por el GAFI, en los hechos, su eficacia para combatir el lavado de dinero no ha sido del todo satisfactoria. El Informe Peillon, citado por García Noriega, afirma que *“diez años después de la creación del grupo de acción financiera sobre el blanqueo de capitales (GAFI) en 1990, ha sido laboriosamente elaborada una lista bajo la influencia de negociaciones diplomáticas evitando cuidadosamente el cuestionamiento de las más poderosas plazas financieras como Suiza o Gran Bretaña (...) no habiendo*

*impuesto nunca el GAFI la menor sanción contra los países considerados por él como pertenecientes a la lista de territorios no cooperantes, prefiriendo por otra parte el término más atenuado de contramedidas.*⁴⁶⁶

De acuerdo con información citada por Del Cid Gómez, en 2000-2001 el GAFI publicó una lista con 23 jurisdicciones no cooperantes. Desde entonces la lista se ha ido reduciendo hasta el punto de que en junio de 2007 no figuraba ninguno. En los países o territorios en los que se observan deficiencias se les pide que las arreglen y de no realizar los avances necesarios se pueden imponer medidas como “pedir que los países miembros pongan fin a las transacciones con instituciones financieras nacionales. La mayoría de los países realizan esfuerzos para ser excluidos de la lista de PTNC porque esto ocasiona problemas importantes a sus instituciones financieras y sus empresas en las transacciones internacionales, así como a su reputación.”⁴⁶⁷

Al respecto hace notar García Noriega como Gran Bretaña y Estados Unidos se las han arreglado siempre para que prácticas notorias de favorecimiento del blanqueo (tipificadas como tales por el propio GAFI), no hayan sido objeto de reproche cuando las mismas se han practicado en su propio territorio metropolitano (Londres o Gales, en el primer caso; Nevada, Wisconsin o Delaware, en el segundo), o en sus dependencias. Para la opinión pública mundial, y conforme a los criterios establecidos por el propio GAFI, es inconcebible que Gibraltar, Bahamas o las Islas Vírgenes Estadounidenses no hayan sufrido sanciones y reproches, que sí se aplican a jurisdicciones con padrinos menos poderosos.⁴⁶⁸

Para concluir con este relato, debemos mencionar al **Grupo Egmont** de las Unidades de Inteligencia Financiera,⁴⁶⁹ creado en 1995 por las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) de diversos países, y denominado así por el lugar donde se celebró su primera reunión, el

⁴⁶⁶ GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 125.

⁴⁶⁷ DEL CID GÓMEZ, Juan Miquel. *Óp. Cit.* Pág. 106.

⁴⁶⁸ GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Óp. Cit.* Pág. 125.

⁴⁶⁹ DEL CID GÓMEZ, Juan Miquel. *Óp. Cit.* Pág. 111.

Palacio Egmont –Arenberg, en Bruselas, y cuya finalidad es ofrecer un foro a las UIF, con el fin de mejorar el apoyo dado a cada uno de sus programas nacionales contra el blanqueo y coordinar las iniciativas. Para los efectos de este grupo se entiende por UIF, <<un organismo central, nacional, responsable de recibir (y, cuando este permitido solicitar), analizar y difundir información financiera a las autoridades competentes: 1) con respecto a las ganancias que se sospecha que provienen de actos delictivos, o 2) exigida por la reglamentación nacional, con el fin de prevenir el blanqueo de dinero>>.

4.4. Los notarios y su participación en la lucha contra el blanqueo de capitales. La normativa comunitaria Europea. La situación en los países de la ANME (Association des Notaires des Métropoles Européennes). La situación en España.

Como hemos dicho, a partir de las 40 R´s del GAFI de 1990, se incluye a los notarios entre los sujetos sobre los cuales se recomienda a los gobiernos adoptar medidas legislativas y de control, en relación con el lavado de dinero.

Con fecha 10 de junio de 1991 el Parlamento Europeo y el Consejo emitieron la Directiva 91/308/CEE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, la cual fue modificada por la Directiva 2001/97/CE del propio Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 4 de diciembre de 2001. Ambas Directivas se encuentran derogadas por la Directiva 2005/60/CE de fecha 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. En esta Directiva se establece que si bien la Directiva 91/308/CEE imponía la obligación de identificar a los clientes, contemplaba con relativamente escaso detalle los procedimientos necesarios a tal fin, por ello era necesario introducir disposiciones más concretas y detalladas al respecto. De igual manera se debe ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva para extenderlo a los notarios y otros profesionales que actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. La Directiva

2006/70/CE del 1 de agosto de 2006 amplía aún más el ámbito de aplicación de la Directiva para incluir a lo que llama "personas del medio político", por las cuales se entiende a aquellas personas a las que se les confían funciones públicas importantes, a sus familiares más próximos o a personas reconocidas como allegados a ellos.

De acuerdo con un estudio de Derecho Comparado en los estados de la ANME⁴⁷⁰ (*Association des Notaires des Métropoles Européennes*) la situación de los estados miembros es la siguiente:

Alemania (Berlín)

Estado de la transposición:

La segunda directiva fue traspuesta en Alemania por una ley de 8 de agosto de 2002 (Ley GWG). La tercera fue traspuesta por una ley de 13 de agosto de 2008.

La UIF — relaciones con los profesionales:

Servicio central de notificaciones de sospecha, el cual depende de la Oficina federal de policía criminal. Al parecer, no hay posibilidad de contactar con la UIF antes de la declaración.

Particularidades de las obligaciones:

- cuando un notario, o un abogado, presta su ayuda para transacciones contempladas por el dispositivo de forma regular, debe nombrar en su despacho a un delegado encargado de las cuestiones de blanqueo en su nombre o en el de su despacho.
- La declaración de sospecha se realiza a la vez a la UIF y a la autoridad de procedimientos penales (Fiscalía).

Organismo de auto-regulación:

⁴⁷⁰ Revista On line. El Notario del Siglo XXI. *Óp. Cit.*

Si, la Cámara federal de notarios. Retransmite las declaraciones sin filtrado pero puede adjuntar un dictamen. La ley parece imponer esta intervención que la profesión no parece haber reclamado (lo mismo sucede con las demás profesiones).

Exención de las obligaciones - diferencias notarios / abogados:

Notarios y abogados están exentos en el marco de las consultas jurídicas (salvo si se les requiere para fines de blanqueo de dinero) y de representación ante los tribunales. Para la aplicación del dispositivo, no hay diferencias entre notarios y abogados.

Instrumentación:

Tras la declaración, el notario debe abstenerse de instrumentar hasta que haya recibido el permiso de la Fiscalía o hasta que hayan transcurrido dos días hábiles sin oposición.

Lista de operaciones o indicios - origen:

La Cámara federal de notarios difundió una lista de indicios de comportamientos sospechosos, establecida en elaboración con la Oficina federal de policía criminal. Se trata de indicios bastante generales relativos a las reticencias de información del cliente, pagos en metálico y la incoherencia de la operación en relación con la situación financiera y la actividad profesional del cliente. Estos indicios son indicativos y quedan a la apreciación subjetiva del notario.

Alcance de los controles sobre el beneficiario efectivo y el origen de los fondos:

El notario debe preguntar al cliente si actúa por su propia cuenta y mencionar su respuesta. En función del riesgo de blanqueo, puede estar obligado a recabar información y adoptar medidas complementarias.

No tiene la obligación formal de preguntarse sobre el origen de los fondos, excepto de hacer una declaración en caso de sospecha particular.

Aplicación de los procedimientos en las oficinas:

La Cámara federal de notarios difundió una circular en 2003, y deberá difundirse una nueva. Pero el grado de aplicación de procedimientos internos parece aún bajo.

Medidas de protección a favor de los declarantes:

Nada más que lo previsto por las directivas. No hay protección especial ante terceros.

Número de declaraciones de sospecha notariales:

Muy bajo.

II/ Arco Lemánico (Ginebra)

Estado de la legislación :

Suiza tiene su propio sistema legislativo en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, pero su contenido es muy cercano al de la reglamentación europea (ley LBA de 10 de octubre de 1997). Este dispositivo atañe fundamentalmente a los bancos y a las actividades financieras de los profesionales y aparece en este ámbito tan exigente para garantizar la reputación del sistema bancario suizo.

La legislación suiza distingue entre evasión fiscal (no penalizada) y fraude fiscal (penalizado).

La UIF — relaciones con los profesionales:

Oficina de comunicación, que depende de la Oficina federal de la policía y dispone sólo de una función de centralización y coordinación de la información.

Particularidades de las obligaciones:

A los notarios y abogados suizos les concierne el dispositivo, sin distinción especial entre ambas profesiones. Sin embargo, sólo están sujetos a él si actúan en calidad de "intermediarios financieros", es decir, cuando a título profesional, principal o accesoriamamente, "guardan en depósito o ayudan a invertir a transferir valores patrimoniales pertenecientes a terceros". Así, cuando el notario o abogado actúa en el marco de su actividad específica de su profesión, hoy por hoy no está sujeto a las obligaciones impuestas por este dispositivo.

La distinción no siempre es fácil de realizar. Al parecer, el notario no actúa como intermediario financiero a partir del momento en que el movimiento de fondos corresponde estrictamente al objeto del acta que está encargado de redactar (por ejemplo, el pago de un precio de venta de cesión inmobiliaria). No obstante, puede convertirse en intermediario financiero cuando conserva los fondos un tiempo determinado tras la operación para hacer de ellos un uso distinto de gestión, pago a terceros o inversión. En este sentido, la actividad de asesor patrimonial puede considerarse intermediación financiero.

Cuando interviene en calidad de intermediario financiero, el notario está obligado a comprobar la identidad del cliente, requerirle una declaración sobre el beneficiario económico efectivo de la operación, "aclarar el trasfondo económico y el objetivo de la transición" en caso de elementos poco habituales o incoherentes, y realizar el seguimiento de las transacciones efectuados por el cliente. Tiene una obligación de declaración o la UIF en caso de sospecha grave y de bloquear los activos, de manera discreta (sin informar al contratante) durante 5 días como máximo.

El notario debe conservar los documentos que haya obtenido durante 10 años.

Cuando interviene en el marco de sus funciones estrictamente notariales, el notario debe rellenar un formulario "R" en el banco donde

se hayan abierto las cuentas de la notaría especificando que no actúa como intermediario financiero.

Organismo de auto-regulación:

Si, afiliación obligatoria a la Federación Suiza de Notarios (común, como organismo de Auto-regulación con la Federación Suiza de abogados), pero sólo en relación con las actividades de intermediario financiero. Las declaraciones no se realizan en este organismo, que tiene una función sobre todo reglamentaria. Puede ser informado de las declaraciones, pero sin mencionar el nombre de las partes.

Exención de las obligaciones - diferencias notarios / abogados:

Sólo en el marco de sus actividades específicas, excepto la actividad de intermediario financiero.

Aplicación de los procedimientos en las oficinas:

Si, dado el rigor del dispositivo.

Medidas de protección a favor de los declarantes:

No rellenado.

AUSTRIA (Viena)

Estado de la transposición:

En Austria se han transpuesto las directivas segunda y tercera (concretamente sobre la noción de "persona políticamente expuesta").

La UIF - relaciones con los profesionales:

Oficina federal de policía criminal, la cual depende del Ministerio de Interior. No se ha previsto ningún procedimiento de interrogación de la célula por un profesional sobre la oportunidad de declaración de sospecha.

Particularidades de las obligaciones:

El notario debe comprobar la identidad del cliente y del beneficiario efectivo de la operación antes de aceptar su representación. Debe hacerse con la información sobre el objeto y la naturaleza de la relación de negocio y debe vigilar continuamente esta última. Asimismo, debe informar a la célula de cualquier negativa de un cliente a transmitir los datos que han de permitir su identificación.

No hay diferencia de procedimiento entre lo sospecho, el indicio o la certeza. La sospecha se deja a la apreciación subjetiva del profesional.

Organismo de auto-regulación:

La declaración se realiza a la célula, sin pasar por un órgano de auto-regulación. Sin embargo, el notario tiene derecho a informar al Consejo regional que ha efectuado una declaración de sospecha, pero no es obligatorio.

Instrumentación:

En caso de mera sospecha, el notario debe declararlo a la célula y no puede efectuar la transacción antes de haber realizado este trámite. Puede pedir a la célula que le indique si esta última tiene reservas sobre la ejecución inmediata de la transacción; en caso de no recibir respuesta al final del día hábil siguiente, puede concluir la transacción.

A partir del momento en que ya no pueda determinar y comprobar la identidad de su cliente y la del beneficiario efectivo, o dotarse de la información necesaria sobre el objeto y la naturaleza de la relación de negocio, el notario debe rechazar la representación y no puede efectuar la transacción. En ese caso, se debe romper la relación de negocio existente, junto con una declaración a la célula.

Exención de las obligaciones - diferencias notarios / abogados:

El notario no está obligado a realizar una declaración cuando los hechos se pongan en conocimiento en el marco de su actividad de asesor jurídico (o de representante en un procedimiento judicial). Por lo

que respecta a la aplicación de la lucha contra el blanqueo no hay diferencia entre los notarios y abogados.

Lista de operaciones o indicios — origen:

El Consejo nacional del notariado austriaco ha difundido un folleto sobre la prevención del blanqueo de capitales. Este folleto menciona una serie no exhaustiva de indicios característicos de operaciones ilícitas. Se trata de una herramienta que favorece el análisis del profesional.

Alcance de los controles sobre el beneficiario efectivo y el origen de los fondos:

Parece clásico.

Aplicación de los procedimientos en las oficinas:

Si. Se han puesto en marcha cuestionarios tipo para ayudar a analizar las situaciones.

Medidas de protección a favor de los declarantes:

Ninguna medida específica.

ITALIA (Roma)

Estado de la transposición:

En Italia se está promulgando un texto que transpone la tercera directiva. La preocupación es adaptar mejor el dispositivo de lucha contra el blanqueo de dinero a cada profesión, pues la extensión pura y simplemente a los profesionales de las obligaciones dictadas respecto de los operadores financieros puede considerarse como una de las fuentes de fracaso de la aplicación del dispositivo de lucha contra el blanqueo de dinero ante dichos profesionales. La nueva legislación tiene en cuenta la definición ampliada de los delitos que pueden ser fuente de una operación de blanqueo.

La UIF - relaciones con los profesionales:

Unità di informazione finanziaria, organismo independiente ligado a la Banca d'Italia.

Posibilidad de ponerse en contacto con la UIF para evaluar la situación.

Particularidades de las obligaciones

El nuevo sistema italiano se basa en una "colaboración activa" entre los profesionales y las autoridades competentes, lo cual exige una identificación activa del cliente y un control continuo de la relación de negocio. Las comprobaciones deben referirse también al objetivo y la naturaleza de la operación económica. El profesional no debe conformarse con recibir pasivamente los datos de identificación de su cliente, sino que debe provocar un conocimiento de su cliente relacionado con la prestación que se le solicita.

La delegación insiste además en el principio de proporcionalidad de las obligaciones en función del estado de los riesgos.

Organismo de auto-regulación:

La declaración puede realizarse, al parecer, directamente a la UIF o a través del colegio profesional.

Exención de las obligaciones — diferencias notarios / abogados:

Al analizar la situación jurídica del cliente y en el marco de la representación ante los tribunales.

Instrumentación:

No rellenado.

Lista de operaciones o indicios — origen:

Existencia de indicios indicativos

Alcance de los controles sobre el beneficiario efectivo y el origen de los fondos:

Controles activos que incluirán, si la situación lo indica, el control de los registros y todos los documentos necesarios, así como del origen de los fondos. Si fuera necesario, el notario pide explicaciones complementarias al cliente.

Aplicación de los procedimientos en las oficinas:

Parece ser a iniciativa de las oficinas.

Medidas de protección a favor de los declarantes:

Si:

— Posibilidad de declarar al colegio profesional que retransmite de manera anónima la declaración.

— Carácter anónimo de la declaración ante la autoridad judicial, excepto si ésta considera necesario, motivando su decisión, revelar el nombre del profesional.

Pero medidas consideradas insuficientes.

Cifras:

170 en 2006, 127 en 2007, 30 en 2008,

BÉLGICA (Bruselas)

Estado de transposición:

En Bélgica se ha transpuesto a segunda directiva con una anticipación de determinadas disposiciones de la tercera directiva (por ejemplo, a apertura al fraude fiscal grave y organizado).

La UIF — relaciones con los profesionales:

La célula de tratamiento de información financiera (CTIF) es una autoridad administrativa independiente situada bajo el control del Ministerio de Justicia y el de Finanzas, con un magistrado a su frente. La CTIF está abierta a los notarios que deseen comentar un expediente con el fin de apreciar si es oportuno establecer una declaración. El CTIF es el único que puede asistir al notario en su reflexión sobre la oportunidad de efectuar una declaración. Existe un formulario creado por a CTIF que puede rellenarse por Internet. Asimismo, se puede contactar con a CTIF por teléfono.

Particularidades de las obligaciones:

El notario debe verificar la coherencia de la operación con el conocimiento que tenga de su cliente, sus actividades, su perfil de riesgo y a financiación.

Organismo de auto-regulación:

No para los notarios (los abogados informan al decano del colegio de abogados).

Exención de las obligaciones - diferencias notarios / abogados:

Los notarios no están exentos de sus obligaciones con motivo de las consultas. Una orden del Tribunal Constitucional de 23 de enero de 2008 limitó la aplicación de las disposiciones del dispositivo de lucha contra el blanqueo de dinero a los abogados.

Instrumentación:

No rellenado.

Lista de operaciones o indicios - origen:

Un decreto real de 3 de junio de 2007 estableció una lista de indicadores. Estos últimos se refieren en particular a la utilización de sociedades pantalla, operaciones sospechosas dentro de las empresas, interposición de personas, actividades atípicas, entradas de dinero

anormales, utilización de cuentas intermedias, dificultad para justificar el origen de los fondos, compraventas no conformes con las costumbres del mercado, pago de comisiones. Estos indicios parecen incumbir sobre todo a los bancos.

Pero cuando existan estos indicios, el profesional debe hacer una declaración ("presunción legal" de sospecha).

Alcance de los controles sobre el beneficiario efectivo y el origen de los fondos:

El control sobre el origen de los fondos parece limitarse a la cuestión de saber si se pagan mediante transferencia bancaria, cheque o no, y sólo para los actos de venta.

Aplicación de los procedimientos en las oficinas:

Los notarios deben instruir a su personal sobre las obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de dinero. Efectividad no indicada.

Medidas de protección a favor de los declarantes:

La ley garantiza el anonimato de las declaraciones.

Cifras:

De 12.830 declaraciones, 130 procedían de notorios (Nota: 4.729 declaraciones fueron objeto de transmisión a la Fiscalía y, al parecer, uno de cada 9 expedientes da lugar a condena).

FRANCIA (Paris)

Estado de la transposición:

En Francia se ha transpuesto la segunda directiva, y se prevé la transposición de la tercera para antes de final de año. La Cámara de París ha formulado observaciones sobre varios puntos del proyecto de transposición.

La UIF - relaciones con los profesionales:

(Tratamiento de la información y acción contra los circuitos financieros clandestinos) depende del Ministerio de Economía y Finanzas desde el punto de vista administrativo, pero desde un punto de vista operativo, es independiente. Los notarios pueden ponerse en contacto con TRACFIN por teléfono, o mediante cita previa, para comentar con uno de sus inspectores cuestiones sobre la oportunidad de efectuar una declaración. Hay un inspector dedicado a los profesionales del derecho.

Particularidades de las obligaciones:

Cuando el profesional no tiene más que una sospecha de blanqueo en un expediente, solamente puede comunicarlo a la célula TRACFIN. Sin embargo, cuando tiene una sospecha confirmada, o tiene ya la certeza, de que la operación para la que se le requiere está relacionada con el blanqueo de capitales, debe denunciar los hechos al Fiscal General de la República, el cual depende del poder judicial. En esta última hipótesis, tiene prohibido redactar el acta o seguir asesorando a los clientes.

Organismo de auto-regulación:

Para los notarios no. Para las demás profesiones jurídicas sí.

Exención de las obligaciones - diferencias notarios / abogados:

Los notarios, agentes judiciales, administradores y mandatarios judiciales, los abogados del Consejo de Estado, los abogados procesalistas, procuradores y censores de cuentas no están "obligados a proceder a la declaración" de sospecha cuando hayan recibido la información de su cliente en el marco de una "consulta jurídica" (así como en el marco de una actividad de defensa jurisdiccional).

Desde el punto de vista jurídico, los abogados están sujetos a las mismas obligaciones que los notarios en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, con algunas excepciones:

- declaran sus sospechas a su colegio de abogados, quien a su vez transmite las declaraciones a TRACFIN;
- pueden informar a su cliente de que han efectuado en su expediente una declaración de sospecha (pero esta posibilidad desaparecerá con la transposición de la tercera directiva);
- no están obligados a realizar declaraciones de sospecha en el marco de sus actividades de defensa ante los tribunales.

Instrumentación:

En presencia de un cliente cuya identidad, capacidades y poderes son verificados, el notario francés no podrá negarse a redactar un acta si no existen elementos objetivos que le permitan conocer la ilegalidad de la operación. En caso de duda por su parte, deberá efectuar una declaración de sospecha antes de redactar el acta. Actualmente, la UIF debe oponerse legalmente si lo desea en el plazo de realización del acta precisada por el notario.

Lista de operaciones o indicios - origen:

En Francia no existe ninguna lista legal o profesional, operaciones o criterios de sospecha que deban dar lugar a una declaración. La apreciación de las situaciones se deja al análisis del profesional. Sin embargo, la profesión sensibiliza a los notarios sobre determinadas situaciones que deben invitarles a reflexionar sobre la oportunidad de una declaración de sospecha.

Alcance de los controles sobre el beneficiario efectivo y el origen de los fondos:

El notario sólo interroga al cliente sobre el beneficiario efectivo si el expediente permite plantearse la cuestión.

Sólo puede aceptar los pagos por cheque o transferencia. Debe consultar al banco para conocer el nombre de la persona por cuya cuenta se haya extendido el cheque o se haya ordenado la

transferencia. Sin embargo, no puede obligar al banco a que le facilite esta información. Si no lo consigue, puede sin embargo redactar el acta, efectuando una declaración de sospecha sí las circunstancias lo exigen.

Aplicación de los procedimientos en las oficinas:

Todavía no existe ningún procedimiento o herramienta de prevención de las operaciones de blanqueo puesto sistemáticamente a disposición de los notarios. Están siendo preparados a la espera de que se transponga la tercera directiva.

Medidas de protección a favor de los declarantes:

Consisten básicamente en efectuar sólo una difusión muy limitada de la declaración de sospecha, para uso exclusivo de las autoridades judiciales en el marco de un procedimiento por blanqueo de capitales. Son insuficientes.

Cifras:

El notariado, con unas 310 declaraciones, representó el 2,5% del número total de declaraciones, pero más de la mitad de las declaraciones procedentes de profesiones no financieras.

ESPAÑA.

Por lo que se refiere a España podemos señalar como punto de partida la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en la que todavía no se incluyó al notario como sujeto obligado por la norma. Para esta legislación los sujetos obligados eran principalmente las entidades financieras y se limitaba a los capitales procedentes de los delitos de narcotráfico, terrorismo y crimen organizado. Posteriormente, en el reglamento que la desarrolla, aprobado por el Real Decreto 925/1995 de 28 de diciembre, ya se incluye al notario, aunque sólo como “sujeto colaborador”, que debería informar por escrito al Servicio Ejecutivo de

la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC⁴⁷¹) de las actividades previstas por la norma.

La ley 19/2003 de 4 de julio que modifica a la anteriormente señalada, cambia la condición del notario de “sujeto colaborador” a “sujeto obligado”. Para los sujetos obligados la ley establece una regulación general aplicable a todos los sujetos y una especial para ciertos sujetos, como casinos de juego, empresas de promoción inmobiliaria, auditores contables, asesores fiscales y profesionales jurídicos como notarios, abogados y procuradores. Estos profesionales jurídicos quedan sujetos a la ley cuando:

1º Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (<<trusts>>), sociedades o estructuras análogas, o

2º Actúen en nombre y por cuenta de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

Como se puso de manifiesto en el Seminario impartido por el Notario de Madrid, Don Ignacio Gomá Lanzón, y cuyas conclusiones se publican en la Revista número 22, de “El Notario del Siglo XXI”, resulta extraña ésta equiparación entre las 3 profesiones porque el notario no participa en las operaciones que contempla la ley.

Asimismo, el artículo 3º de la Ley señala como obligaciones de todos los sujetos obligados las siguientes: exigir, mediante la presentación de documento acreditativo, la identificación de los clientes; examinar, con especial atención, con independencia de su cuantía, cualquier

⁴⁷¹ DEL CID GÓMEZ, Juan Miquel. *Óp. Cit.* Pág. 149. “El artículo 13 de la Ley 19/1993 establece que con el fin de impulsar y coordinar la aplicación de la ley se crea la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, que depende de la Secretaría de Estado de Economía.”

operación que por su naturaleza puede estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales; conservar durante un periodo mínimo de 5 años los documentos que soporten las operaciones y la identidad de los sujetos que las hubieran realizado; colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) y a tal fin comunicarle, *por iniciativa propia*, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales; abstenerse de ejecutar cualquier operación respecto de la que haya ese mismo indicio o certeza; no revelar ni al cliente ni a terceros que se han transmitido informaciones al Servicio Ejecutivo; establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno; adoptar las medidas oportunas para que los empleados tengan conocimiento de las exigencias derivadas de la ley y declarar el origen, destino y tenencia de los fondos en los supuestos de movimientos de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador.

En el artículo 16.2 de la ley en cita, se establece una salvedad importante a la obligación a cargo de los sujetos especiales, de comunicación al SEPBLAC: “no estarán sujetos a las obligaciones de comunicación y de facilitar información los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él, al determinar la posición jurídica a favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos. Los abogados y procuradores guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.”

Con la ley 10/2010 de 28 de abril se lleva a cabo en España la trasposición de la Tercera Directiva que tiende a realizar, en el ámbito europeo, las recomendaciones del GAFI sobre prevención de la

utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

Las principales características de la ley, son las siguientes:⁴⁷²

1. En cuanto a su ámbito objetivo, incorpora la prevención de la financiación del terrorismo (anteriormente objeto de regulación independiente).
2. El delito subyacente del delito de blanqueo puede ser cualquier tipo de delito (incluso el delito fiscal). En la Directiva el delito subyacente queda restringido a los delitos graves.
3. El concepto de blanqueo incluye el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlo o facilitar su ejecución. En la Directiva se indica que estas actividades deben realizarse “a sabiendas”. La desaparición de esta matización en la ley 10/2010 puede ocasionar problemas de interpretación.
4. En el ámbito subjetivo, se multiplican los sujetos obligados, incluyendo en el régimen general, junto a las entidades financieras, a muchos otros, como a los promotores y vendedores de inmuebles, auditores, contables, asesores fiscales, notarios, registradores, abogados, así como a los comerciantes por las operaciones en efectivo por importe superior a 15.000€.
5. Se establece la obligación de identificación del titular real, entendiendo por tal a la persona física en cuyo beneficio se realizan las operaciones. Esto implica, en el caso de una entidad jurídica, la necesidad de identificar a la persona física que, en última instancia, posea el control de la entidad.
6. Se amplían las obligaciones de conocimiento del cliente. Deben establecerse medidas de diligencia debida en función de la valoración del grado de riesgo de cada cliente, valoración que debe realizarse

⁴⁷² “La prevención del blanqueo de capitales en las entidades financieras.” PASO LUNA, Javier José. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista Número 33.

atendiendo a la información obtenida sobre la actividad del cliente, el origen de sus fondos y el propósito de las relaciones de negocio, que deben ser objeto de seguimiento. Esto afecta a todos los clientes, no sólo a los nuevos.

7. En determinados supuestos, no bastan las medidas de diligencia debida, sino que habrá que implantar medidas de diligencia reforzada. Es el caso, por ejemplo, de las relaciones de negocio no presenciales o de las personas con responsabilidad pública.

8. Hay que examinar con especial atención cualquier operación que pudiera estar relacionada con blanqueo. La ley señala que deberá ser objeto de examen especial toda operación o pauta de comportamiento compleja, inusual, o sin un propósito económico o lícito aparente o que presente indicios de simulación o fraude (este último inciso no está en la Directiva).

9. Se aumenta a 10 años el período en el que debe ser conservada la documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones. En la Directiva sigue siendo 5 años.

10. Hay obligación de abstenerse de ejecutar las operaciones sospechosas, salvo que sea imposible abstenerse o la abstención pueda dificultar la investigación, en cuyo caso se ejecutará la operación y se comunicará inmediatamente.

11. Hay obligación de comunicar por iniciativa propia a la autoridad competente cualquier hecho u operación, en el que exista indicio o certeza de estar relacionado con blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Se considerará que hay indicio en las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos del cliente.

Comentarios a esta ley se publican en el número 31 de la Revista “El Notario del Siglo XXI”, de los cuales, por su relevancia destacamos los siguientes: en primer lugar se reconoce, como lo indica la propia exposición de motivos, que la Tercera Directiva es una norma de

mínimos, “que ha de ser reforzada o extendida atendiendo a los concretos riesgos existentes en cada Estado miembro”, lo que llevó al legislador español a formular la normativa antiblanqueo más rigurosa entre todas las europeas, lo que, si bien merece, desde luego, una estimación positiva, desde el punto de vista de la lucha general contra la opacidad y a favor de la transparencia, podría también generar considerables contrapartidas económicas que redundaran en un entorpecimiento y hasta un estancamiento de la actividad financiera y económica.

Se hace notar también que las Recomendaciones del GAFI y la propia Tercera Directiva establecen reglas de contenido más bien flexible, inspiradas por un pragmatismo de resultado, acorde con la solución de Derecho anglosajón consistente en desplazar sobre los propios sujetos obligados y sus respectivas organizaciones profesionales o institucionales, la capacidad de definición de pautas de conducta exigibles conforme a un criterio abierto, en lugar de un esquema normativo cerrado y completo. El modo anglosajón, dice Gomá Lanzón,⁴⁷³ consistente en desplazar toda la responsabilidad y el trabajo, a los particulares, los “sujetos obligados”, puede ser atentatorio contra el modo de actuar de ciertas profesiones, como la nuestra (notario), a medio camino entre el funcionario y el profesional de confianza, y con las que casa mal la obligación de la delación del cliente o la política de “muéstreme usted su bolso”, típica de ciertos supermercados, y poco respetuosa con otros valores dignos de protección, como la intimidad o la protección de datos.

En el mismo sentido, Álvarez-Sala sostiene que esta ley es, en realidad, un producto de importación o de colonialismo jurídico de corte anglosajón, y eso determina que haya tantos conceptos en los que no hay una definición cerrada, sino más bien abierta, porque la técnica de la ley confía en una complementación en su aplicación basada en la capacidad autorreguladora de los sujetos obligados, y eso sigue

⁴⁷³ GOMÁ LANZÓN, Ignacio. Revista El Notario del siglo XXI. Revista On line del Colegio Notarial de Madrid. Número de Revista: 33.

suscitando muchos problemas y mucha incertidumbre, sobretodo en una materia, como la de esta ley, que tiene un trasfondo penal, incriminatorio, y que puede, además, afectar a las libertades y a la seguridad del Estado y a la intimidad de las personas y que, en principio, debiera regirse por un principio de legalidad estricta.

De otra parte se cuestiona también el que se apliquen a todos los sujetos obligados los mismos patrones o responsabilidades, cuando se trata de personas o estructuras multidiversas, como son los pequeños empresarios o profesionales y las grandes firmas. Incluso, entre las profesiones jurídicas, la figura de un abogado es muy distinta a la de un notario o a la de un registrador. A diferencia del abogado, el notario no elige a su cliente, ni puede, sin justa causa, suspender con él la “relación de negocio”, es decir, denegar la prestación de su ministerio.

Otro aspecto que suscita gran inquietud, es la carga general impuesta sobre los sujetos obligados de averiguar y comprobar la identidad real de sus clientes, no sólo mediante su identificación formal sino también mediante la determinación, tras las pesquisas pertinentes, de quien sea el titular real último de las entidades o intereses en juego, antes de entablar una relación de negocio o incluso participar, aunque sea de modo accidental, en cualquier operación.

Por titular real, de acuerdo con Pedro Galindo, titular del OCP, al que enseguida nos referiremos, debe entenderse aquella persona física a la que le es imputable el control del negocio, ya sea en su vertiente económica o en su vertiente estrictamente jurídica. Tratándose de personas jurídicas, se entiende aquella persona física que por sí o a través de terceros, tiene el 25% del capital o tiene control sobre el 25% del capital. Acerca de esta obligación, en la Revista del Notario, se afirma: “la identificación del titular real que está, al final, detrás de las operaciones económicas, entendiendo bajo ese concepto (según la ley y la propia Directiva) las personas físicas que, en una medida superior al 25%, detentan la propiedad o el control real de las sociedades o vehículos corporativos intervinientes, constituye un empeño que se ha comparado al de la búsqueda del Santo Grial. En ese cometido no

todos los sujetos obligados van a contar con los mismos medios y unos van a tenerlo más difícil que otros, como los pequeños empresarios o profesionales individuales sin apenas estructura, a diferencia de las entidades financieras y las grandes empresas o las firmas de importantes despachos de abogados. Particular responsabilidad va a pesar sobre los notarios, a quienes incumbe calificar la representación de las entidades jurídicas y juzgar acerca de su capacidad legal con relación a las operaciones concretas que se pretenden.

El problema es que de acuerdo con las Recomendaciones del GAFI que incorpora al Derecho comunitario la Tercera Directiva, la carga impuesta a los sujetos obligados de identificar detrás de cada cliente al titular real de las entidades societarias o corporativas representadas en cuyo nombre actúa (según la Recomendación 5), sólo se proclama al mismo tiempo que se asigna a los Estados miembros del GAFI la obligación correlativa (conforme a la Recomendación 33) de proveer a las medidas que permitan obtener de las autoridades competentes una información adecuada, segura y rápida acerca de la titularidad real sobre la propiedad o el control de las personas jurídicas, solicitable o accesible en todo caso de manera tempestiva”.

Pero lo que, sin asomo de ninguna duda, ha provocado la mayor inquietud en el colectivo notarial, es la obligación de denuncia por sospecha, que se impone al notario, de aquellas operaciones que pudiesen caer dentro de los supuestos de lavado de dinero. Sobre los antecedentes de esta obligación, refiere Ignacio Gomá Lanzón, en un artículo publicado en la Revista número 21, de “El Notario del Siglo XXI”, que las características distintivas del delito de blanqueo de capitales, tales como su poliformismo, su complicada fenomenología, integrada por diversas fases (integración, transformación y reintegración), y la falta de unas víctimas concretas, que puedan denunciarlo, hacen difícil integrarlo en las categorías tradicionales del delito y su persecución. Por ello, -recuerda- las medidas que se adoptaron por la presidencia de Reagan en su lucha contra el blanqueo se centraron inicialmente, en la actividad bancaria, por ser el medio

necesario para la consecución de este delito, estableciéndose un sistema de reporting sistemático y periódico de operaciones. Sin embargo, explica, la inmensa cantidad de datos que se remitían hicieron inviable el sistema y se adoptó la fórmula inglesa basada en sospechas individualizadas y de carácter ocasional, que se demostró más efectiva y económica.

Posteriormente, continúa relatando Gomá Lanzón, se extendieron las normas antiblanqueo a las profesiones jurídicas, quedando estas por tanto obligadas a sospechar y comunicar a las autoridades competentes las sospechas, fundadas o no, sobre sus clientes, a los que tienen obligación de asesorar jurídicamente y a los que, en cierto sentido, están delatando por imperativo legal.

Contra estas medidas se han levantado voces en el sentido de que limitan el derecho a la defensa, en el caso de los abogados penalistas, y violan, en todo caso, el secreto profesional. En el ámbito notarial se objeta que se impone a los notarios una forma de actuar diferente de aquella para la que está creada la profesión, lo que supone una cierta desnaturalización de su quehacer diario. Estas medidas suponen desconocer totalmente el funcionamiento de una notaria, ya que el notario actúa por regla general en los estadios finales de las operaciones y no conoce normalmente todo el fondo del asunto, ni tiene porque hacerlo.

Afirma Gomá Lanzón que, en cierto sentido, esta normativa supone un cierto menosprecio de la función notarial: “El notariado, en su faceta pública, presenta ciertamente un elemento jerárquico y funcional que le hace proclive al cumplimiento de estas normas de la superioridad. Pero una cosa es la remisión de índices, la expedición de copias para las autoridades tributarias o judiciales y en general, el cumplimiento de la legalidad vigente, en sus actos y en los de los demás (sí, controlando la legalidad), y otra cosa es convertirse, no ya en un colaborador, sino en un subordinado de una autoridad diferente de aquella a la que está sujeta jerárquicamente, en una especie de policía o inspector fiscal de complemento por imposición legal, que realiza para los inspectores o

policías de carrera un trabajo no limitado a la información sobre casos objetivos, sino que implica un procesado subjetivo de la información que resulta de los documentos que autoriza, pero, eso sí, con una responsabilidad penal que a lo mejor no tienen los funcionarios oficialmente encargados del asunto cuando no tengan la sospecha que habría que haber tenido. Y es que resulta poco comprensible cómo se puede responder penal o administrativamente por no haber tenido una sospecha, acto de por sí intuitivo, subjetivo, personal e intransferible, máxime cuando la materia sobre la que se ha de sospechar no es la propia de su profesión ni se incluye en su *lex artis*.”

Concluye su colaboración Gomá Lanzón reflexionando sobre los riesgos de aceptar, en el sistema latino, soluciones anglosajonas, particularmente norteamericanas, que no son una garantía de acierto y considera que “no parece sensato aceptar todas las soluciones jurídicas sin matices, de la misma manera que no son aceptables Guantánamos con presos sin juicio, leyes como la Patriot Act que pone en suspenso las garantías constitucionales [...], la libre circulación de armas, la pena de muerte o las extrañas libertades financieras de consecuencias imprevisibles. Todo ello ha de hacernos pensar si muchas de las limitaciones a la libertad, la intimidad y otros derechos [...] que sufrimos hoy son realmente necesarias y si su tolerancia nos hace acreedores a la condena de Benjamín Franklin <<quien sacrifica la libertad en nombre de la seguridad, no merece ni la libertad ni la seguridad>>”

Por el contrario, una decisión considerada por todos como un gran acierto del sistema español, es la creación del Órgano Central de Prevención conocido como OCP.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ Un estudio sobre este órgano, realizado por Juan Álvarez-Sala Walther aparece publicado en la Revista número 3, de “El Notario del Siglo XXI”, de la cual tomamos los siguientes comentarios:

“Se crea dentro del Notariado el órgano centralizado

El Boletín Oficial del Estado de 24 de septiembre último (B.O.E. núm. 229) publica una Orden del Ministerio de Hacienda del día 20 del mismo mes (Orden EHA/2963/2005) reguladora del

Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado.

Sólo el hecho de que la Orden exista, es ya motivo de satisfacción para el colectivo de los notarios, por el reconocimiento que supone a su especificidad como "sujetos obligados" en la lucha contra el blanqueo de capitales. En efecto, la norma viene precedida de una amplia y densa Exposición de Motivos (algo no tan frecuente en una simple orden ministerial) que proclama que el "carácter funcional del notario, unido a la inserción en su organización corporativa, dota a la profesión notarial de acusadas particularidades que la individualizan del resto de los sujetos obligados". Ello se dice a continuación de formular la misma Exposición de Motivos una definición del notario, que, como declaración del Ministerio de Hacienda, tiene especial valor (en contraste con otros momentos anteriores de más fervorosa predisposición a favor de la competitividad de mercado), "el notario -expresa el preámbulo de la Orden- no deja de ser un funcionario público que en el ejercicio de su función ha de velar por la legalidad del acto o negocio jurídico que autoriza y documenta".

La especificidad del notario como "sujeto obligado" consiste en que lo es, "si bien que de un modo concreto" -recuerda la misma Exposición de Motivos-: sólo con la extensión que determina el artículo 16 del vigente Reglamento en materia de blanqueo de capitales (en su redacción dada por el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero). Pero hay otra especificidad del notariado, que la Orden pone de relieve, y es su potencial informativo para la prevención del blanqueo, cuando el cúmulo de comunicaciones notariales pasan a ser objeto de un tratamiento conjunto, mediante una gestión centralizada en un órgano creado a tal efecto en el Consejo General del Notariado, el denominado Órgano Centralizado de Prevención (OCP). A través suyo, se va a responsabilizar a los notarios en la lucha antiblanqueo, no ya sólo individualmente, sino también como colectivo organizado. Como dice la Exposición de Motivos de la Orden, "razones de eficiencia hacen extremadamente conveniente el establecimiento de un órgano centralizado en esta materia... en la actualidad existen algo más de 2.900 notarios... la gestión centralizada de la prevención del blanqueo de capitales... permitirá una superación de la actual situación de 'atomización', incrementando la eficacia del sistema, en beneficio tanto de la profesión notarial como de la lucha contra las formas graves de criminalidad".

La creación del OCP, en el seno del propio Consejo General del Notariado, como medida tendente a la optimización de la eficiencia de la colaboración notarial con las autoridades judiciales, policiales y administrativas responsables de la lucha contra el blanqueo (art. 1 de la Orden), merece todo tipo de plácemes. La posibilidad de canalizar cada profesión su cooperación obligada en esta materia a través de un así denominado "organismo auto-regulador" ("self-regulation Office") era una modalidad prevista en la Directiva 91/308/CEE, de 4 de diciembre de 2001, así como en la Disposición Adicional 1ª-3 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre Régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, por la que se traspone la Directiva, modificando la Ley 19/1993, de 28 de diciembre de 1993, de Prevención de blanqueo de capitales (aunque, curiosamente, sea una figura omitida en el Reglamento).

Merece consideración el modo en que la Orden, que comentamos, crea o prevé la creación de este nuevo organismo, que es el OCP. No deja de ser indicativo el tiempo verbal en futuro que emplea la orden ministerial: "El Consejo General del Notariado -dice su artículo 1º- establecerá un Órgano Centralizado de Prevención". Y así añade el artículo 2º de la Orden (bajo el epígrafe

"Incorporación al OCP") que "los notarios deberán comunicar por escrito mediante el modelo previsto en el Anexo de esta Orden al Consejo General del Notariado su incorporación al OCP".

Surge, por ello, la duda de si el OCP es un órgano u organismo de naturaleza jurídico-pública, vinculado al Consejo General del Notariado, que debe su creación a una disposición normativa o si, por el contrario, se trata de un ente o especie de organismo auto-regulador de base asociativa y naturaleza negocial, que nace por un acto privado de autonomía de la voluntad, mediante la declaración de voluntad de adherirse al mismo de los notarios que comuniquen su incorporación. La incorporación de los notarios al OCP, atendida la literalidad del art. 2º de la Orden, parece que se formula con temperamento imperativo: los notarios "deberán comunicar" su incorporación; sin embargo, el Anexo (y el hecho de que ese efecto no se produzca *ope legis*, sino mediante una declaración de voluntad recepticia) parece dar a entender lo contrario: cada notario respectivo - cabe leer en el modelo que se adjunta a la Orden como Anexo- "comunica al Consejo General del Notariado su decisión de incorporarse al Órgano Centralizado de Prevención".

Cuál sea la naturaleza jurídica del OCP, en un sentido o en otro, será determinante del régimen jurídico aplicable a multiplicidad de cuestiones, como la calificación de la situación jurídica de los notarios que no hayan comunicado su incorporación y sus efectos, la cuestión práctica nada desdeñable de si el suministro de información al OCP debe provenir de cada notario colegiado o pueden suministrarla los Colegios, si puede el OCP requerirla al notario no incorporado (pues el daño no está sólo en la información omitida sino en el valor informativo que pierde potencialmente la información ya existente por falta de otra acaso interrelacionada), cuál sea el ámbito de propagación sobre los notarios miembros o, por el contrario, sobre el Consejo General del Notariado de una eventual responsabilidad civil o criminal imputable al OCP.

[...]

El OCP, como órgano incardinado en el Consejo General del Notariado, queda estructurado por la orden ministerial en un Director y dos comisiones o unidades: la Unidad de Análisis y Comunicación (cuyo responsable ostentará la condición de representante de los notarios ante el SEPBLAC) y la Unidad de Procedimientos, Cumplimiento y Formación. A la primera corresponde la labor de deglutir la información remitida por los notarios al OCP o recabársela y cursar las consiguientes comunicaciones de operaciones sospechosas que fuesen pertinentes al SEPBLAC (arts. 3, 4 y 9), así como atender requerimientos de autoridades judiciales, policiales o administrativas (art. 5).

La información recibida de los notarios en el OCP podrá consistir en comunicaciones singulares de operaciones sospechosas (sin que ello excluya, probablemente, que pueda el notario remitirla - con carácter acumulativo- también directamente al SEPBLAC). Pero la información fundamental recibida de los notarios en el OCP va a consistir en el índice informatizado -a que se refiere el Real Decreto 1643/2000- con relación a las transacciones afectantes a inmuebles, entidades comerciales y demás operaciones mencionadas en el art. 2,2,d del Reglamento vigente en materia de blanqueo. Esa va a ser la gran masa informativa de datos procedentes de todas las notarías de España, que, mediante un adecuada programación informática en el OCP que permita su cruce recíproco a la luz de las clasificaciones sintomatológicas de blanqueo que, en cada momento, parezcan aplicables (v.gr., la de la Instrucción de la DGRN de 10 de diciembre de 1999 u otras que puedan surgir en el futuro), puede tener resultados de extraordinario valor. Si se piensa que el OCP es responsable de un fichero propio, más que delegado de ficheros ajenos, probablemente,

Aristónico García, al comentar una mesa redonda entre representantes de los notariados de las capitales que forman parte de la ANME (Bruselas, Ginebra, Berlín, Viena, Roma, Madrid y París), destaca la relevancia del OCP en España, afirmando que representa una neta superioridad ante los demás países, porque en estos la comunicación es casuística y directa del notario al órgano central en tanto que en el sistema español la comunicación es globalizada y compone el Índice Único de la actividad notarial. Nuestro sistema –dice Aristónico García– “es desde luego más eficaz, lo demuestra empíricamente el número de denuncias que los órganos centrales han recibido de los notarios. En Alemania, en cuatro años con la 2ª Directiva, ningún notario ha hecho denuncia alguna por sospecha de blanqueo, y del último año con la 3ª Directiva transpuesta no hay datos. En Austria, donde al estar los notarios en competencia paladina con los abogados, de conocerse las denuncias notariales nadie haría escrituras, solo se contabilizan seis denuncias de profesionales, una de abogado, otra de auditor, otra de agente y tres de notarios. En ambos países, alegan sus delegaciones, casi todas las denuncias proceden de los bancos, cosa lógica, pues en realidad es a su través como se efectúa materialmente el blanqueo. Algo parecido pasa en Italia, aunque en este país entre todos los profesionales suman alrededor de 200 denuncias durante el primer año. En Suiza las comunicaciones de sospecha alcanzan la cifra de 795, por

las comunicaciones que remita al SEPBLAC como consecuencia de ese tratamiento de datos no tendría que revelarlas, a su vez, a los notarios afectados por ese cruce de información comunicado, cosa que sí sería pertinente, en cambio, de entender que el OCP fuese un delegado, con las consiguientes inconveniencias prácticas. Todo ello, sin perjuicio, claro está de las aclaraciones, complementos de información y demás medidas de coordinación que el OCP puede siempre requerir de los notarios que considere. En cualquier caso, es un acierto de la Orden haber establecido el OCP en el seno Consejo General del Notariado y no a nivel colegial, por razones de eficiencia centralizadora.

La otra unidad del OCP (la Unidad de Procedimientos, Cumplimiento y Formalización) tiene, a su cargo, una importante labor pedagógica, consistente en elaborar y tener actualizado un Manual de Procedimientos de Prevención del Blanqueo de Capitales para los notarios, que será un próximo seguro best-seller jurídico, así como la labor de organizar cursos de formación para notarios y también -algo primordial- para sus empleados, todo ello junto a una función, asimismo, de vigilancia o supervisión de que tales pautas se apliquen, efectivamente, en la práctica profesional de las notarías.”

un montante de 600 millones de €, y proceden casi todas ellas de bancos y autoridades extranjeras, no constando si alguna ha surgido de algún profesional. En Bélgica de 3.000 declaraciones, solo 334 corresponden a notarios. La comparación con el sistema español, es abrumadora. De 2005 a 2008 los notarios españoles han remitido a la OCP 1.600 comunicaciones, de las que la OCP ha cursado al órgano central del Banco de España, el SEPBLAC, 900.”

En resumen, puede afirmarse, que la creación del OCP ha representado para el colectivo notarial español un alivio en el cumplimiento de sus obligaciones, derivadas de la lucha antiblanqueo de capitales, pues es desde el OCP donde se realizan algunas de estas obligaciones, como la elaboración del manual de procedimientos, el análisis de operaciones, la comunicación al SEPBLAC, la atención del requerimiento de las autoridades, entre otras. Además, corresponde al OCP, realizar el análisis del índice informatizado de las operaciones que autoricen o intervengan los notarios, para la detección de las operaciones particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales.

Finalmente, debe quedar plenamente esclarecida, la vocación del notariado, no sólo español o europeo, sino latino, de luchar contra la criminalidad y particularmente contra el blanqueo. Dice Ignacio Paz-Ares⁴⁷⁵ que el notariado europeo –y yo diría que en general el notario latino- “es consciente de que está llamado a constituir un eslabón relevante de la red jurídica que ha de contribuir a crear ese espacio de libertad, seguridad y justicia, que demandan las instituciones europeas (en general podríamos decir que las instituciones democráticas). La lucha contra el blanqueo es una buena prueba de ello.” Y es que, como el propio Paz-Ares dice “el notario no es simplemente *un hombre de leyes*, sino que es, ante todo *el hombre de la ley*.”

4.5. La lucha contra el lavado de dinero en México.

Con fecha 26 de agosto de 2010 el gobierno de la República presentó al Senado una iniciativa de *Ley Federal para la Prevención e*

⁴⁷⁵ Revista On line, El notario del Siglo XXI. *Óp. Cit.* Revista 22.

Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Financiamiento al Terrorismo, en la cual, en su exposición de motivos, entre otras consideraciones, se afirma:

El “Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales y Financiamiento al Terrorismo” (GAFI), conformado por representantes de las áreas de combate al lavado de dinero y financiamiento al terrorismo de los gobiernos de 34 jurisdicciones y 2 organizaciones regionales, define el lavado de dinero, en términos generales, como el procesamiento de las ganancias derivadas de la actividad criminal para disfrazar su procedencia ilícita, permitiendo a los criminales gozar de ellas sin arriesgar su fuente.

En otras palabras, el lavado de dinero es el mecanismo a través del cual, los criminales logran disfrutar el producto de sus delitos y encauzarlo a la adquisición de recursos materiales y humanos para la consecución de sus fines, entre los que se encuentran el fortalecimiento de sus estructuras y capacidades delictivas.

El lavado de dinero permite a la delincuencia organizada financiar violencia y corrupción. La generación de violencia, además de incidir en la paz y la seguridad de los mexicanos, está asociada con la pérdida de vidas, de capital humano, de productividad y competitividad en nuestra economía.

La corrupción además de destruir a nuestras instituciones, afecta directamente el Estado de Derecho. La capacidad para corromper a nuestras instituciones proviene precisamente de la riqueza económica que generan los criminales y que se incorpora a la economía formal a través del lavado de dinero.

En este sentido, congruente con el eje rector “Estado de Derecho y la Seguridad”, planteado en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010; con el Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad, signado por el Gobierno Federal, Poderes Ejecutivos estatales, representantes de los Poderes de la Unión y miembros de la sociedad civil; así como atento a los compromisos recientemente refrendados en los Diálogos por la Seguridad, el Ejecutivo Federal a mi cargo somete a consideración de esa Soberanía, la presente iniciativa de ley en materia de prevención de lavado de dinero al tenor de las consideraciones siguientes:

México es miembro desde el año 2000 del GAFI, cuyo objetivo es desarrollar sistemas de prevención, como parte de una estrategia global para combatir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita (también conocido como lavado de dinero), el financiamiento al terrorismo y otros delitos relacionados.

El GAFI ha emitido 40 recomendaciones en materia de prevención y combate al lavado de dinero y 9 especiales en materia de financiamiento al terrorismo. Este conjunto de recomendaciones constituyen un estándar mínimo de acciones para ser incorporadas al marco legal de los países miembros, tomando en cuenta las características particulares de cada uno, para establecer un régimen para la prevención e identificación de operaciones relacionadas con los delitos referidos.

Por su parte, es reconocido que ese H. Congreso de la Unión, en los últimos años, ha venido proporcionando a las autoridades federales herramientas útiles, que han permitido conocer y combatir actos vinculados con el lavado de dinero y con el financiamiento al terrorismo. Entre ellas están las previstas en las reformas a diversas leyes financieras promulgadas el 28 de enero de 2004.

Conforme a tales reformas, las instituciones financieras que por la naturaleza de sus actividades conllevan uno de los mayores grados de vulnerabilidad para ser utilizadas en el lavado de dinero, han quedado sujetas a un régimen de prevención, identificación y alerta de operaciones de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, conocido como régimen de prevención.

Bajo este régimen, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tiene un papel relevante en la implementación y supervisión del régimen de prevención, ya sea a través de sus órganos Desconcentrados especializados, encargados de la regulación y supervisión de las instituciones financieras y otros negocios que prestan servicios complementarios, o bien, directamente a través de la Unidad de Inteligencia Financiera, conocida como UIF.

En este contexto, tales autoridades, en sus respectivos ámbitos de competencia, han venido construyendo la estructura normativa que ha blindado las actividades de las instituciones financieras para que no sean utilizadas en los procesos de lavado de dinero y de financiamiento al terrorismo. Asimismo, dichas instituciones han generado información que ha resultado útil a las autoridades del Estado Mexicano encargadas de la

seguridad pública y de la procuración de justicia para prevenir y perseguir tales delitos.

Con lo anterior se ha evitado que muchos de los recursos producto de la actividad criminal hayan sido introducidos a la economía nacional, y también que los mismos se hayan proveído para el financiamiento al terrorismo.

La utilidad del régimen de prevención ha sido ampliamente reconocida y aceptada por la sociedad, incluso por las propias personas e instituciones que están sujetas al mismo. Esto en virtud de que dicho régimen tiene el potencial de reducir el riesgo que tienen tales personas e instituciones de convertirse en un objetivo por parte de organizaciones criminales.

No obstante los esfuerzos realizados y los logros alcanzados, falta aún más por hacer, especialmente en sectores de la economía distintos al sistema financiero mexicano. En este sentido, la iniciativa prevé tres medidas medulares: 1) restringir operaciones en efectivo que se consideran de alto valor y que constituyen uno de los principales mecanismos de inversión para la delincuencia organizada, 2) la generación de información a través de reportes a las autoridades administrativas, y 3) la creación de facultades de coordinación para que las autoridades puedan compartir cierta información con el objetivo de generar mejores estrategias para combatir a la delincuencia.

Con motivo de esta iniciativa, con fecha 23 de febrero de 2011, se llevó a cabo por parte de la legisladora, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, una Mesa Redonda sobre Lavado de Dinero⁴⁷⁶ en la cual participaron el Licenciado José Alberto Balbuena Balbuena, Titular de la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Doctor Ramón García Gibson en representación del Instituto Nacional de Ciencias Penales, el Doctor Moisés Moreno Hernández y el Licenciado César Norberto Tello Rangel, Presidente de la Asociación Mexicana de Casas de Cambio.

En su intervención el Licenciado José Alberto Balbuena Balbuena, Titular de la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, manifestó que México participa tanto en el

⁴⁷⁶ http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/cedip/CEDIP_%20memoria_lavado_dinero.pdf

GAFI como en el GAFISUD (Grupo de Acción Financiera de Sudamérica) y en el GAFIC (Grupo de Acción Financiera del Caribe), en este último como observador, junto con Canadá, Estados Unidos, España y Francia, así como con el Grupo Egmont.

Informó que en el año 2008 México fue evaluado tanto por el GAFI como por el GAFISUD, resultando que, en principio, México cumple con la mayoría de las recomendaciones del GAFI y que, por tanto, no se encuentra en ninguna lista de países no cooperantes.

Respecto al Grupo Egmont aclaró que hace una distinción entre las 120 UIF que lo integran, reconociendo 4 tipos diferentes: una es la administrativa, que su característica principal es que pertenece a un órgano regulador financiero; otro es el modelo judicial, en el que las UIF se encuentran en una fiscalía; otras son de corte policial, en el que las unidades pertenecen a la policía y por último, están las UIF que se les llama híbridas, que comparten características de por lo menos 2 tipos de unidades. Expuso que en México contamos con un modelo de tipo administrativo en virtud de que nuestra unidad pertenece a un órgano regulador financiero dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Como veremos, la Ley contra el lavado de dinero, de reciente creación en México, ubica a la UIF dentro del ámbito de la Procuraduría.

Manifestó, asimismo, que nuestra unidad de inteligencia financiera realiza básicamente 3 actividades:

- Se recibe información de los llamados sujetos obligados: bancos, casas de bolsa, centros cambiarios; y el tipo de información que se recibe es principalmente de reportes; reporte de operaciones relevantes generalmente hechas en montos en efectivo superior o igual al equivalente a 10 mil dólares americanos, cheques de viajero o monedas acuñadas en oro o plata; otro reporte es de las llamadas operaciones inusuales las cuales se tratan de aquellas que se apartan del perfil transaccional del cliente, es decir, si un cliente se dedica a una determinada actividad y lleva un determinado nivel de operación hace

determinados tipos de operaciones continuas, y de repente, un día o durante un periodo, o por algún hecho que no quede claro, empieza a cambiar ese nivel transaccional; los sujetos obligados en general por el conocimiento con el que cuentan del cliente deben de saber que sucede con su cliente. Todos los datos son captados por los sujetos obligados en un reporte que envían a la unidad de inteligencia financiera para su análisis; por último se recibe lo que se denomina como reporte de operaciones internas preocupantes, que de lo que se trata básicamente es de reportes en los que intervienen funcionarios o empleados de los propios sujetos obligados y que podrían implicar algún tema que vaya en contra de alguna de las disposiciones o de la propia ley.

- Se analiza este cúmulo de reportes que se reciben en nuestra base de datos para encontrar: tendencias, operaciones, actividades coincidentes con alguna tipología delictiva; para determinar si existen y que tipo de indicios de lavado de dinero o financiamiento al terrorismo.
- Se disemina la información. Este último punto es el objetivo central, poder diseminar a las autoridades competentes.

El Doctor Ramón García Gibson, Director General de García Gibson Constructores S.C. e integrante del Instituto Nacional de Ciencias Penales, después de mencionar que algunas fuentes refieren que entre 25 y 40 mil millones de dólares son el producto de las ganancias anuales que obtiene el narcotráfico en México como consecuencia de sus actividades ilícitas, expuso la evolución que ha tenido la prevención del lavado de dinero en México. Al respecto manifestó que el lavado de dinero era considerado en el año 89 un delito fiscal. Estaba tipificado o estaba dentro del Código Fiscal de la Federación y posteriormente, en el año 96, ya se tipifica en el Código Penal y también en el Código de Procedimientos Penales y en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Expresó que en ese mismo año de 96 se modificaron todas las leyes financieras: la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Seguros, etcétera, para dar posibilidad a la

Secretaría de Hacienda y Crédito Público de emitir disposiciones de carácter general que obligaran al sistema financiero a tener ciertos mecanismos de prevención y reporte del lavado de dinero.

Recordó que con motivo de la operación Casablanca que se da en 1998, se denunciaron penalmente tres bancos mexicanos en Estados Unidos por lavado de dinero, lo que hizo madurar al sistema financiero mexicano de una forma bastante acelerada, en poner los controles, en ponerse en estándares internacionales en materia preventiva.

Posteriormente, continúa manifestando el Doctor Ramón García Gibson, en 2010 se emiten disposiciones para el control de los depósitos de dólares en las instituciones financieras, lo que en su opinión se ha visto que fue una medida acertada, porque el cúmulo de dólares que estaban ingresando al país, en algún momento no tenían una justificación aparente de su legitimidad. Entonces, tanto las autoridades como las instituciones financieras, decidieron emitir disposiciones para controlar estos depósitos en efectivo en las instituciones financieras.

Explicó, asimismo, que además de la iniciativa del Ejecutivo en materia de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, hay una miscelánea penal; también se van a modificar algunos artículos del Código Penal, del Código de Procedimientos y de la Ley contra la Delincuencia Organizada para realmente hacer un combate más sólido y tratar de tener mejores resultados en este sentido.

El Doctor Javier Laynez Potisek, Procurador Fiscal de la Federación, expuso que el objeto de la iniciativa de ley contra el lavado de dinero es fundamentalmente obstaculizar el uso de efectivo por parte de las organizaciones criminales para lavar dinero, identificar operaciones que puedan ser parte de esquemas de lavado de dinero, obtener esa información para generar estrategias integrales de combate a la delincuencia organizada- es decir, crear inteligencia para la prevención y combate de estos delitos- y, desde luego, adecuarnos a cumplir con estas recomendaciones, que han sido recomendaciones de GAFI a

nivel internacional y que los diversos países integrantes estamos tratando de adoptar en nuestra legislación.

Por lo que se refiere a los sujetos obligados menciona, que “lo que propone está iniciativa es agregar nuevos sujetos obligados, distintos de las entidades financieras, también. Estos nuevos sujetos obligados serían: quienes se dediquen habitualmente a la organización y realización de concursos, sorteos y juegos; la emisión y comercialización de servicios o crédito; el otorgamiento de préstamos o contratos de crédito; estamos hablando por ejemplo de tiendas de autoservicio; es decir, éstas no son instituciones financieras forzosamente, porque tú puedes tener una tarjeta de servicio y te dan crédito para comprar un bien en una tienda departamental; la construcción, promoción y comercialización de inmuebles; por lo tanto, estamos hablando de los corredores inmobiliarios y, desde luego, tanto personas físicas como morales. Las personas físicas que se dedican a la promoción comercialización de bienes inmuebles, como también las empresas constructoras. La compra-venta de metales preciosos, joyería y relojes. Es decir, las tiendas donde se adquieren estos bienes, la renta y arrendamiento de vehículos, estamos hablando de las concesionarias, entre otras, automotrices, pero, también vehículos aéreos marítimos y terrestres obras de arte y también cierto tipo de servicios contables, financieros y jurídicos. Es decir, despachos de contadores, despachos de abogados, desde luego, los fedatarios públicos, los notarios, los corredores. Cómo podrán ver que se amplia de manera importante el ámbito de los sujetos obligados.

Qué obligaciones tendrían quienes realicen éstas operaciones. Muy similar, pero no igual que las entidades financieras, la identificación de clientes y usuarios en las operaciones que la propia iniciativa está proponiendo. Recabar y conservar la documentación de sus clientes y presentar reportes a la Secretaría de Hacienda concretamente a la unidad de inteligencia financiera, igual que lo hacen las entidades financieras, lo tendrían que hacer ahora estos nuevos sujetos obligados de presentar reportes.”

El Doctor Moisés Moreno Hernández, en una amplia exposición, en la que, en la primera parte, desarrolla un análisis general del lavado de dinero y delincuencia organizada en el ámbito internacional y, en la segunda parte, se refiere a las actuales estrategias contra el lavado de dinero en México, al respecto dijo:

“a) El delito de lavado de dinero fue regulado desde enero de 1990 primeramente en el Código Fiscal de la Federación, cuyo artículo 115 bis, estableció una sanción de tres a nueve años de prisión “a quienes teniendo conocimiento de que una suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza provienen o representan el producto de alguna actividad ilícita, realicen operaciones financieras, de compra o venta, depósito, transferencia o cambio de moneda, entre otras, con el propósito de evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales; ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate; alentar alguna actividad ilícita; u omitir proporcionar el informe requerido por la operación; o transporte, transmita o transfiera la suma de dinero o bienes mencionados, desde algún lugar a otro en el país, desde México al extranjero o del extranjero a México, con el propósito de: evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales; ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate, alentar a alguna actividad ilícita, u omitir proporcionar el informe requerido por la operación.”

b) En 1996 la regulación pasó del CFF al Código Penal federal, en el artículo 400 bis. Asimismo, también desde 1996 se encuentra previsto en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Se trata de conductas que implican operaciones con recursos de procedencia ilícita y, por ello, con ese nombre se le regula.”

Aclaró que para conocer del delito de lavado de dinero previsto en el Código Penal federal es competente la PGR. Si el delito se comete en los términos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es decir, si las operaciones con recursos de procedencia ilícita se realizan por tres o más personas que se han organizado, en forma permanente

o reiterada, para cometerlas (a. 2º), conocerá directamente la Subprocuraduría de Investigación Especial de la Delincuencia Organizada (SIEDO), en donde se halla el área que se ocupa de manera específica del delito de lavado de dinero, la cual podrá aplicar las reglas que para la investigación de la delincuencia organizada establece la LFDO. Asimismo, son competentes para conocer de este delito los tribunales federales.

Continuó diciendo que a diferencia de lo que sucedía hasta 1996, cuando el delito de lavado de dinero se regulaba en el Código Fiscal de la Federación y sólo era perseguible por querrela de la Secretaría de Hacienda, al pasar al Código Penal había que entender que dicho delito es perseguible de oficio; por lo que cualquier persona podría hacer la denuncia correspondiente y la PGR podría iniciar la averiguación respectiva sin necesidad de que previamente interviniese la Secretaría de Hacienda. Sin embargo, como lo prevén los párrafos cuarto y quinto del artículo 400 bis CPF, cuando en la realización de este delito “se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”; lo que no equivale sino a la querrela a que se hacía referencia con anterioridad. Además, se establece, que si en ejercicio de su facultad de fiscalización dicha Secretaría encuentra elementos que permitan presumir la comisión del delito de lavado de dinero, “deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito. Lo que hace a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación.”

En concreto, refiriéndose a la iniciativa de *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y Financiamiento al Terrorismo*, señala:

La estrategia se sustenta en cuatro ejes rectores:

-Reorganización de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de la SHCP, para detectar eficazmente las operaciones de lavado a través de la información y grupos de trabajo y áreas especializadas;

-Homologación de las reglas administrativas en materia de prevención de lavado de dinero, prohibiendo la adquisición de cualquier bien inmueble en efectivo, o el pago en efectivo de más de 100 mil pesos en la adquisición de vehículos aéreos, marítimos y terrestres, relojes y joyería, creándose tipos penales para el caso de contravención a estas disposiciones;

-Fortalecimiento de la supervisión basada en procedimientos eficaces, que a su vez cuenta con diversas líneas de acción, y

-Transparencia y rendición de cuentas, para medir la efectividad de esta estrategia, así como establecer mecanismos de comunicación entre la sociedad y el gobierno.”

Por último, el C.P. César Norberto Tello Rangel, en representación de la Asociación de Casas de Cambio, centró su intervención básicamente en la necesidad de eliminar la economía informal para poder hacer frente verdaderamente al lavado de dinero.

Con fecha 27 de abril de 2011 el Senado de la República, como cámara de origen, aprobó la iniciativa y con fecha 11 de octubre de 2012 fue aprobada por la Cámara de Diputados como cámara revisora y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de 2012.

La nueva ley pretende satisfacer las exigencias del GAFI a efecto de evitar que el país pudiera ser catalogado como no cooperante y con ello causar grave daño a su estructura financiera. En este sentido la ley contiene, en relación con los notarios, lo siguiente:

Se consideran "actividades vulnerables", entre otras, a) La transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles, salvo las garantías que se constituyan en favor de instituciones del sistema financiero u organismos públicos de vivienda. Estas operaciones serán objeto de

aviso ante la Secretaría: "cuando en los actos u operaciones el precio pactado, el valor catastral o, en su caso, el valor comercial del inmueble, el que resulte más alto, o en su caso el monto garantizado por suerte principal, sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a dieciséis mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal."⁴⁷⁷ b) El otorgamiento de poderes para actos de administración o dominio otorgados con carácter irrevocable. Estas operaciones siempre serán objeto de aviso. c) La constitución de personas morales, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas. Estas operaciones serán objeto de aviso cuando se realicen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el D.F. d) La constitución o modificación de fideicomisos traslativos de dominio o de garantía sobre inmuebles, salvo los que se constituyan para garantizar algún crédito a favor de instituciones del sistema financiero u organismos públicos de vivienda. Igualmente estas operaciones serán objeto de aviso cuando se realicen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el D.F. e) El otorgamiento de contratos de mutuo o crédito, con o sin garantía, en los que el acreedor no forme parte del sistema financiero o no sea un organismo público de vivienda. Estas operaciones siempre serán objeto de aviso.

Quienes realicen "actividades vulnerables" tendrán las obligaciones siguientes:

I. Identificar a los clientes y usuarios con quienes realicen las propias actividades sujetas a supervisión y verificar su identidad basándose en credenciales o documentación oficial, así como recabar copia de la documentación;

II. Para los casos en que se establezca una relación de negocios, se solicitará al cliente o usuario la información sobre su actividad u

⁴⁷⁷ Para finales de 2012 el salario mínimo general diario vigente para el D.F. es la cantidad de 62.33 pesos.

ocupación, basándose entre otros, en los avisos de inscripción y actualización de actividades presentados para efectos del Registro Federal de Contribuyentes;

III. Solicitar al cliente o usuario que participe en actividades vulnerables información acerca de si tiene conocimiento de la existencia del dueño beneficiario y, en su caso, exhiban documentación oficial que permita identificarlo, si ésta obrare en su poder; en caso contrario, declarará que no cuenta con ella;

IV. Custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la actividad vulnerable, así como la que identifique a sus clientes o usuarios.

La información y documentación a que se refiere el párrafo anterior deberá conservarse, de manera física o electrónica, por un plazo de cinco años contado a partir de la fecha de la realización de la actividad vulnerable, salvo que las leyes de la materia de las entidades federativas establezcan un plazo diferente;

V. Brindar las facilidades necesarias para que se lleven a cabo las visitas de verificación en los términos de la Ley, y

VI. Presentar los avisos en la Secretaría en los tiempos y bajo la forma prevista en la ley.

En relación a los plazos y formas para la presentación de "avisos", se deberán dar a más tardar el día 17 del mes inmediato siguiente de aquel en que se llevó a cabo la operación que le diera origen y por lo que hace a los *notarios* y corredores públicos, "se les tendrán por cumplidas las obligaciones de presentar los avisos correspondientes mediante el sistema electrónico por el que informen o presenten las declaraciones y avisos a que se refieren las disposiciones fiscales federales."

Asimismo la ley establece la posibilidad de que los sujetos que deban dar avisos de acuerdo con lo que la propia ley señala "podrán presentarlos por conducto de una Entidad Colegiala" la cual a su vez deberá cumplir los requisitos que la ley establece.

Además la ley prohíbe el uso de efectivo y metales preciosos en los siguientes supuestos: a) Constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles por un valor igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación; b) Transmisiones de propiedad o constitución de derechos reales sobre vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación; c) Transmisiones de propiedad de relojes, joyería, metales preciosos y piedras preciosas, ya sea por pieza o por lote, y de obras de arte, por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación.

Por otra parte la ley contiene, entre otras, las disposiciones generales siguientes:

La Procuraduría General de la República contará con una Unidad Especializada en Análisis Financiero, como órgano especializado en análisis financiero y contable relacionado con operaciones con recursos de procedencia ilícita.

La Unidad, cuyo titular tendrá el carácter de Agente del Ministerio Público de la Federación, contará con oficiales ministeriales y personal especializados en las materias relacionadas con el objeto de la Ley, y estará adscrita a la oficina del Procurador General de la República.

La Unidad podrá utilizar las técnicas y medidas de investigación previstas en el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público será la autoridad competente para aplicar, en el ámbito administrativo, la Ley y su Reglamento; tendrá las facultades siguientes:

1. Recibir los avisos de quienes realicen las actividades vulnerables;
2. Requerir la información, documentación, datos e imágenes necesarios para el ejercicio de sus facultades y proporcionar a la Unidad Especializada en Análisis Financiero la información que le requiera;
3. Coordinarse con otras autoridades supervisoras y de seguridad pública, nacionales y extranjeras, así como con quienes realicen actividades vulnerables, para prevenir y detectar actos u operaciones relacionados con el objeto de la Ley;
4. Presentar las denuncias que correspondan ante el Ministerio Público de la Federación cuando, con motivo del ejercicio de sus atribuciones, identifique hechos que puedan constituir delitos;
5. Requerir la comparecencia de presuntos infractores y demás personas que puedan contribuir a la verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley;
6. Conocer y resolver sobre los recursos de revisión que se interpongan en contra de las sanciones aplicadas;
7. Emitir reglas de carácter general para efectos de la Ley, para mejor proveer en la esfera administrativa, y
8. Las demás previstas en otras disposiciones de la Ley y otros ordenamientos jurídicos aplicables.

Finalmente la ley establece como sanción administrativa por infracciones a las obligaciones señaladas en la misma, multa que va desde 200 hasta 75 mil días de salario mínimo vigente en el D.F., o del 10 al 100% del valor del acto u operación, cuando sean cuantificables en dinero.

Asimismo la ley tipifica, en los artículos 62, 63 y 64 los siguientes delitos:

Artículo 62. Se sancionará con prisión de dos a ocho años y con quinientos a dos mil días multa conforme al Código Penal Federal, a quien:

I. Proporcione de manera dolosa a quienes deban dar Avisos, información, documentación, datos o imágenes que sean falsos, o sean completamente ilegibles, para ser incorporados en aquellos que deban presentarse;

II. De manera dolosa, modifique o altere información, documentación, datos o imágenes destinados a ser incorporados a los Avisos, o incorporados en avisos presentados.

Artículo 63. Se sancionará con prisión de cuatro a diez años y con quinientos a dos mil días multa conforme al Código Penal Federal:

I. Al servidor público de alguna de las dependencias o entidades de la administración pública federal, del Poder Judicial de la Federación, de la Procuraduría o de los órganos constitucionales autónomos que indebidamente utilice la información, datos, documentación o imágenes a las que tenga acceso o reciban con motivo de esta Ley, o que transgreda lo dispuesto por el Capítulo VI de la misma, en materia de la reserva y el manejo de información, y

II. A quien, sin contar con autorización de la autoridad competente, revele o divulgue, por cualquier medio, información en la que se vincule a una persona física o moral o servidor público con cualquier Aviso o requerimiento de información hecho entre autoridades, en relación con algún acto u operación relacionada con las Actividades Vulnerables, independientemente de que el Aviso exista o no.

Artículo 64. Las penas previstas en los artículos 62 y 63, fracción II, de esta Ley se duplicarán en caso de que quien cometa el ilícito sea al momento de cometerlo o haya sido dentro de los dos años anteriores a ello, servidor público encargado de prevenir, detectar, investigar o juzgar delitos.

A quienes incurran en cualquiera de los delitos previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley, se les aplicará, además, una sanción de inhabilitación para desempeñar el servicio público por un tiempo igual al de la pena de prisión que haya sido impuesta, la cual comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Está fuera de toda discusión la necesidad de prevenir y castigar el lavado de dinero. Por supuesto que deben ejercerse controles para combatir esta práctica; ello es así, no sólo porque es un compromiso internacional que tiene México; no sólo porque conviene desde el punto de vista de las relaciones comerciales por la influencia del GAFI, a efecto de no ser catalogado como un territorio no cooperante, sino, sobre todo, porque implica un compromiso con la seguridad, con la justicia y con la democracia. Pero creo que también, al establecerse estos controles, se debe ser cuidadoso; se debe actuar con mesura. Considero que en esta materia no debemos ser más papistas que el papa, es decir, no tenemos por qué pretender ir a la vanguardia en el draconismo de las medidas anticontrol, cuando no hay una correspondencia, en este sentido, de los demás países, principalmente de parte de los paraísos fiscales, y cuando Estados, aparentemente interesados en el control de lavado de dinero, por las implicaciones que ésta práctica tiene en el financiamiento del terrorismo, como Estados Unidos, son, sin embargo, muy tolerantes con sus propios paraísos fiscales, como Delaware, Nevada o las Islas en el Caribe, que caen bajo la órbita política y económica de los Estados Unidos, y cuando otros territorios o países como las Islas en la Mancha, Gibraltar, Suiza, Liechtenstein, Luxemburgo, Israel o Líbano, por ejemplo, parecen no tener la misma voluntad para la lucha contra el lavado de dinero. Suiza es quizá el caso más paradigmático de esta situación: el secreto bancario, la ignorancia del principio “conoce a tu cliente” y otros servicios financieros, la poca colaboración con autoridades de otros países para la investigación del lavado de dinero, demuestran que esta práctica es no solo tolerada, sino incluso hasta protegida como una política de Estado. México, que no es un paraíso fiscal, no tiene por que exagerar en sus medidas de control de lavado de dinero; debe sí, cumplir la normatividad, debe tener controles adecuados, pero no tiene por qué ir más allá de lo que están regulando la mayoría de las naciones en el mundo. En tal virtud, al establecerse los controles no se debe de exagerar en las responsabilidades, sobre todo respecto de quienes no son directamente encargados del control. No se puede medir con el mismo rasero a las instituciones financieras, los casinos y

los notarios, por ejemplo. El notario tiene en el control del lavado de dinero una participación verdaderamente marginal. Rara vez conoce el trasfondo del negocio que llega a la notaria para su formalización; lo que los socios piensan hacer; para qué quieren la sociedad. El conocimiento que de estos aspectos tiene el notario es prácticamente inexistente. El se concreta a darle forma al contrato y si después, esa sociedad, se usa para lavar dinero, no es responsabilidad del notario. Entonces, yo creo, que los legisladores tienen que ser cautos, prudentes, razonables y sensatos al establecer responsabilidades en esta materia.

5. La función notarial en la sociedad de la información. Antecedentes. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en ingles).

La comunicación es tan vieja como la sociedad misma. Las pinturas rupestres halladas en las cuevas de Altamira o Puente Viesgo, en la Cantabria, con una antigüedad de aproximadamente 14 mil años, dan constancia de ese anhelo permanente del hombre por comunicarse y trascender, así, su espacio y su tiempo.

El lenguaje responde a esa necesidad del ser humano de comunicarse. La comunicación ha determinado diferentes etapas en la historia de la humanidad. La historia misma principia con la escritura. Después la imprenta permite la divulgación del conocimiento a amplios segmentos de la sociedad, con lo cual deja ya de ser un privilegio para unos cuantos elegidos.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio. *Óp. cit.* Pág. 174. “En el siglo XV el alemán Gutenberg inventó la imprenta de caracteres metálicos móviles, que luego se divulgó en Europa facilitando de manera sorprendente el desarrollo de los conocimientos. La primera obra impresa con esta nueva técnica fue *La Biblia*, en 1546, de la que se editaron 300 ejemplares, tiraje entonces impresionante si se toma en cuenta el volumen de ella y que antes se elaboraba a mano por los copistas. La introducción de este invento obligó a fijar los vocablos de los diferentes dialectos, lo que favoreció la creación de las lenguas oficiales de cada región y contribuyó a desarrollar un concepto de nacionalidad.”

Actualmente vivimos la que se ha llamado “Sociedad de la Información”, cuyo producto más acabado es *el internet*. La sociedad de nuestros días no podría entenderse sin la informática.

El desarrollo del *internet* ha sido verdaderamente insólito. Apenas en 1969, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, específicamente la *Advanced Research Project Agency*, utilizó un sistema denominado *Canales de paquetes autónomos de información* “con la finalidad de establecer un canal experimental diseñado como un medio de apoyo en la investigación militar”⁴⁷⁹. Este canal se denominó ARPAnet (Advanced Research Project Agency Network)⁴⁸⁰.

Siguiendo la narración de Reyes Krafft⁴⁸¹, hacia 1986, la Fundación Nacional de Ciencias (NSF por sus siglas en inglés) comenzó el desarrollo de NSFNET, sucesora de la ARPANET. Para 1987, 10 mil servidores anfitriones estaban conectados a la red. Dos años después el número rebasó los 100 mil servidores y se comercializó la primera versión de Windows. En 1991 apareció el servicio denominado *World Wide Web*, conocido por sus siglas “*www*”.⁴⁸² Para 1992 se alcanzó 1 millón de servidores en línea y se conectó el Banco Mundial. Para 1995 se alcanzaron 10 millones de servidores y desde entonces el crecimiento ha sido exponencial, alcanzándose en enero de 1999, 40 millones de servidores y más de 1.6 millones de dominios. De acuerdo

⁴⁷⁹ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. “La firma electrónica y las Entidades de Certificación”. Editorial Porrúa, primera edición México, 2003. Pág. 09

⁴⁸⁰ Por su parte, el notario Luis Hernández Lavado en su conferencia titulada *Contratación electrónica*, dictada en el Seminario Organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP y publicada en el libro *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Civitas Ediciones. S.L. Madrid España, 2002. Pág. 148. Expone: “En su origen las primeras redes de interconexión informática se desarrollan en el ámbito militar y universitario (ARPAnet) con una finalidad fundamental de conservación y transmisión de la información. En esta primera fase se plantea la idea de seguridad en una dimensión exclusivamente técnica, es decir, cómo garantizar por procedimientos criptográficos la confidencialidad de la información. No tiene trascendencia jurídica, dado el carácter cerrado de la red de comunicación y su finalidad limitada.”

⁴⁸¹ *Op cit.* Pág. 15 y siguientes.

⁴⁸² Al respecto, afirma el notario Luis Hernández Lavado, en su conferencia antes citada, Pág. 148: “sin perjuicio de la importancia de la aplicación de las técnicas informáticas de comunicación para la realización de transacciones electrónicas entre empresarios basados en acuerdos y protocolos previos (EDI), la verdadera revolución se ha producido con el desarrollo de las redes abiertas [World Wide Web (2) correo electrónico] que han permitido la <<contratación en masa>> entre partes que no se conocen y que no han tenido trato comercial previo. Este mercado abierto genera grandes expectativas pero también grandes incertidumbres.

con información proporcionada por Computer Industry Almanac⁴⁸³, para 2008 la cifra de usuarios de internet en el mundo rebasó la cantidad de 1500 millones, misma que se incrementará para los próximos 5 años en 140 millones de usuarios por año. China ya ocupa el primer lugar con 235.10 millones, seguido por USA con 234.24 millones y la India con 108.41 millones. Según un estudio realizado por la AMIPCI⁴⁸⁴, México tenía en 2008, 27.6 millones de internautas.

La electrónica ha tenido en el ámbito de la contratación y el comercio una de sus más importantes aplicaciones. De acuerdo con el documento de la profesora Gema Botana García de la Universidad Europea de Madrid titulado *Especialidades de la contratación electrónica*, las ventajas de internet en el comercio electrónico son las siguientes:

- 1.Comodidad
- 2.Inmediatez
- 3.Precio
- 4.Información
- 5.Transparencia
- 6.Personalización
- 7.Atención personalizada
- 8.Interactividad
- 9.Oportunidad para emprendedores

Además de estas ventajas se pueden señalar otras como reducir daños al medio ambiente al disminuir el uso del papel y la transportación; ampliación a nuevos mercados geográficos remotos, y algunas más.⁴⁸⁵

⁴⁸³ www.c-i-a-.com/pr_info.htm

⁴⁸⁴ www.amipci.org.mx/estudios/

⁴⁸⁵ El notario Ramón José Vázquez García en su conferencia *La contratación en internet*, publicada en el libro *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Civitas Ediciones. S.L. Madrid España, 2002. Pág. 134. Refiriéndose al comercio electrónico y sus características, señala lo siguiente: “Comercio electrónico. Éste sería el que abarcase cualquier negocio jurídico, dirigido a un intercambio económico, que se realice a través de un *sistema electrónico, informático o telemático*. (La popularización del mismo se debe, en gran medida, a la serie de características que le son consustanciales:

- Velocidad de transmisión

Con el propósito de armonizar la legislación nacional y regional en materia de comercio internacional, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) acordó, en el año de 1966, la creación de una Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés, CNUDMI por sus siglas en español).⁴⁸⁶ Esta Comisión se propuso diseñar un marco jurídico global que permitiera la realización de negocios mediante el empleo de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, para lo cual elaboró primero una ley modelo de comercio electrónico y, posteriormente, una ley modelo para firmas electrónicas.

La Ley Modelo de Comercio Electrónico fue aprobada en el año 1996 y, a partir de entonces, se ha venido incorporando en los Estados miembros adecuándola a sus propios ordenamientos jurídicos. De acuerdo con la Ley los negocios electrónicos deben regularse sobre la base de reconocer los siguientes principios:

1. *Libertad*: de acuerdo con este principio las partes deben ser libres de elegir la relación contractual que mejor convenga a sus intereses.

2. *Neutralidad tecnológica*: según este principio las reglas que regulen el uso de tecnología electrónica no deben limitarse a una sola tecnología y excluir a las demás, presentes o futuras. El marco jurídico

-
- Iguala a los clientes, al uniformarlos, al margen de características definitorias subjetivas: residencia, nacionalidad...
 - Globaliza el mercado de las empresas
 - Abarata el acceso al mercado a las pymes.)

⁴⁸⁶http://es.wikipedia.org/wiki/Comisi%C3%B3n_de_las_Naciones_Unidas_para_el_derecho_mercantil_internacional (Última fecha de modificación: 28 de enero de 2010, 16:50 horas; S/A; fecha de consulta: 22 de febrero de 2010, 15:46 horas.) “La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (o UNCITRAL por sus siglas en inglés *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*) fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966 <<para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional>>. La CNUDMI lleva a cabo su función mediante sesiones anuales celebradas alternativamente en Nueva York y Viena.

del comercio electrónico debe ser abierto y flexible para adaptarse a la evolución tecnológica que se presente en la materia.

3. Continuidad del marco jurídico vigente: este principio significa que el uso de medios electrónicos no afecta al régimen sustantivo de los contratos, pues el medio tecnológico no crea un nuevo sistema de contratación sino que únicamente sustituye el soporte en el que se plasma la negociación, es decir, en vez de papel se emplea un medio electrónico.

4. Equivalencia Funcional: De acuerdo con este principio se deben de aplicar a los contratos electrónicos las mismas reglas que a las transacciones celebradas en las formas tradicionales otorgándoseles, en consecuencia, los mismos efectos jurídicos.

La Ley Modelo para Firmas Electrónicas de la UNCITRAL (CNUDMI por sus siglas en español) fue aprobada en el periodo 34 de sesiones de la Comisión en junio de 2001, de acuerdo con el mandato que le confió la Asamblea General en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y tiene como propósito reducir la incertidumbre con respecto a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del empleo de firmas electrónicas. En el capítulo primero, *Introducción a la Ley Modelo* inciso 4 se afirma:

Partiendo de los principios fundamentales que subyacen tras el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (denominada siempre en la presente publicación con su nombre completo para evitar confusiones) con respecto al cumplimiento de la función de la firma en el ámbito electrónico, la finalidad de esta nueva Ley Modelo es ayudar a los Estados a establecer un marco legislativo moderno, armonizado y equitativo para abordar de manera más eficaz las cuestiones relativas a las firmas electrónicas. Como complemento modesto pero importante de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la nueva Ley Modelo ofrece normas prácticas para comprobar la fiabilidad técnica de las firmas electrónicas. Además,

ofrece un vínculo entre dicha fiabilidad técnica y la eficacia jurídica que cabe esperar de una determinada firma electrónica. La Ley Modelo supone una contribución importante a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico al adoptar un criterio conforme al cual puede determinarse previamente (o evaluarse con anterioridad a su empleo) la eficacia jurídica de una determinada técnica de creación de una firma electrónica. Así pues, la Ley Modelo tiene como finalidad mejorar el entendimiento de las firmas electrónicas y la seguridad de que puede confiarse en determinadas técnicas de creación de firma electrónica en operaciones de importancia jurídica. Además, al establecer con la flexibilidad conveniente una serie de normas básicas de conducta para las diversas partes que puedan participar en el empleo de firmas electrónicas (es decir, firmantes, terceros que actúen confiando en el certificado y terceros prestadores de servicios), la Ley Modelo puede ayudar a configurar prácticas comerciales más armoniosas en el ciberespacio.

El gran problema de la contratación electrónica es lograr que garantice el mismo grado de seguridad y certeza jurídica que tiene la contratación tradicional. En la contratación electrónica se distinguen dos tipos de riesgos, a saber: riesgos técnicos y riesgos jurídicos. “Los riesgos técnicos son variados y pueden consistir en que el autor del mensaje sea suplantado; que el mensaje sea alterado; que el emisor o el receptor del mensaje niegue haberlo emitido o recibido: o que el contenido del mensaje sea conocido por persona no autorizada; por su parte, los riesgos jurídicos afectan, entre otros, a la validez y eficacia de las transacciones electrónicas; el lugar y momento de perfección del contrato; su prueba; o la responsabilidad de los sujetos y agentes implicados en el procedimiento de transacción electrónica.”⁴⁸⁷

Ante la existencia de estos riesgos, con motivo de la inauguración del seminario sobre *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*, celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en Santander, España, el presidente del Consejo General del Notariado, Juan Bolás Alfonso, en su discurso inaugural manifestó que el gran reto

⁴⁸⁷ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *Óp. cit.* Pág 186.

que ha de superar la contratación electrónica es el de la seguridad y, que al respecto, debe distinguirse entre:

a) La seguridad técnica que posibilite que el mensaje se envíe y se reciba adecuadamente, de forma integral y confidencial.

b) Y la seguridad jurídica que sólo se obtendrá partiendo de la anterior y que persigue algo más, a saber, garantizar la capacidad y legitimación de quien se comunica a través de la red y su adecuado conocimiento del alcance jurídico del documento firmado y/o remitido electrónicamente.⁴⁸⁸

La manera como la técnica ha pretendido resolver el problema de la inseguridad en la contratación electrónica, ha sido mediante la creación de la firma electrónica que se basa en un complejo sistema de criptografía.

El documento electrónico tiene la peculiaridad de que puede ser creado por cualquier persona y modificado sin dejar rastro, y esto genera inseguridad, pues puede ser que el autor del mensaje no sea quien aparece al receptor, o bien, que el mensaje recibido sea distinto de cómo se envió y, aún más, que un tercero haya podido conocer el mensaje o que el emisor niegue haberlo enviado y/o el destinatario haberlo recibido. La firma electrónica busca entonces asegurar los principios de *autenticación, integridad, no rechazo o no repudio y confidencialidad del documento*.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Civitas Ediciones. S.L. Madrid España, 2002. Pág. 17.

⁴⁸⁹ *Notariado y contratación electrónica*; Colegios Notariales de España. Consejo General de Notariado 2000. Madrid, España. Pág. 207. Por su parte Valerio Pérez de Madrid Carreras en *Introducción al derecho notarial*, página 192, en el mismo sentido afirma “en realidad la seguridad en la comunicación de los mensajes electrónicos exige la utilización de un mecanismo que, denominado *firma electrónica*, trata de conseguir cuatro objetivos. a) Garantizar la identidad del sujeto que la utiliza, que quien envía un mensaje electrónico es quien dice ser. b) La *integridad* del contenido del mensaje, evitando y detectando cualquier alteración en el mismo. c) La *confidencialidad* del mensaje, esto es, su privacidad. d) Y el *no repudio*, es decir, la vinculación de la voluntad emitida.

La firma electrónica se basa en un sistema de criptografía para la protección de la información. La criptografía se define “como el conjunto de formas de crear mensajes secretos y tiene su reverso en el criptoanálisis, el cual se ocupa de descifrar el mensaje, desvelando su misterio.”⁴⁹⁰

En una primera fase de la evolución tecnológica, “la clave era la misma tanto para codificar, como para descodificar, constituyendo un sistema que se conoce como de *criptografía simétrica*.”⁴⁹¹ En este sistema, tanto el emisor como el receptor de un mensaje cuentan con la misma clave, la cual necesariamente debe permanecer secreta, pues si fuera conocida por terceros, estos podrían descifrar el mensaje. Este sistema tiene el riesgo de que la llave sea interceptada y se hagan copias de la misma con lo cual se pierde toda confidencialidad y seguridad. Para salvar este inconveniente se inventó la *criptografía asimétrica* que se basa en el manejo de dos claves, una pública que puede ser conocida por todos y una privada que únicamente conoce su titular. De esta forma, cuando el emisor envía un mensaje aplica al mismo su clave privada y el receptor abre el mensaje con la clave pública del emisor. El mensaje sólo puede ser descifrado si ha sido emitido con la clave privada del emisor. Por su parte, el receptor no puede alterar el mensaje, pues para ello se requiere la clave privada. Con este sistema se garantiza tanto la autoría como la integridad del mensaje.

Con el propósito de aclarar la forma como operan estos sistemas, transcribiré el símil que, para cada uno de ellos, se expone en el libro *Notariado y contratación electrónica* del Consejo General del Notariado:

Criptografía simétrica o de clave privada.

“Dos personas deciden que para transmitirse entre sí, y de forma segura, determinada información que consideran confidencial, van a alquilar un apartado de correos, poseyendo cada uno –y sólo ellos- copia de la llave

⁴⁹⁰ Ídem. Pág. 208.

⁴⁹¹ Ídem. Pág. 209.

que lo abre. De esta forma, uno de los dos podrá con su llave abrir la caja e introducir la información, y el otro, con la suya, hacer lo propio y recogerla. Evidentemente, si un tercero llega por cualquier circunstancia a obtener otro ejemplar de la llave, todo el sistema se derrumba, porque el intruso tendrá acceso a los mensajes, que dejarán de ser secretos, fingirse emisor de un mensaje, modificar los existentes, etc. Este mismo mecanismo es fundamento de la criptografía simétrica, llamada también <<de clave privada>>, dado que como hemos visto, es necesario que la clave que cierra y abre el mensaje permanezca oculta salvo para los interesados.⁴⁹²

Criptografía asimétrica o de clave pública.

“Imaginemos una empresa que utilizase para enviar y recibir mensajes de sus sucursales una valija o maletín muy especial: estaría configurada de tal forma que para abrirla una vez se precisaría disponer de una determinada clave o combinación de números, y, una vez cerrada, para abrirla nuevamente habría de usarse otra clave diferente, complementaria de aquella. Si una de las claves fuera pública, por ejemplo porque estuviera rotulada en la propia valija, y en cambio la otra fuera desconocida salvo para la propia empresa central, tendríamos una comparación bastante aproximada del mecanismo del cual estamos hablando. Así, las sucursales –cualesquiera de ellas- introducirían el documento en el maletín, abriendo éste con la combinación que figura en él; acto seguido lo enviarían a la central, con la seguridad de que solamente ésta podrá desvelar su contenido, abriendo el maletín con la combinación privada. Es el <<sobre seguro>> (dirección clave pública a clave privada). Y viceversa, si es la central la que envía un mensaje, utilizará para abrir el maletín la clave secreta, incluirá el mensaje en cuestión y acto seguido lo remitirá a la sucursal, la cual, al poder abrirlo con la combinación pública, tiene la seguridad de que el documento se ha introducido abriendo el maletín con la clave particular, que está en poder exclusivo de la central, por lo que es ésta la remitente. Se trata del <<seguro remitidor>> (dirección clave privada a clave pública).⁴⁹³

⁴⁹² Ídem. Pág. 209.

⁴⁹³ Ídem. Pág. 211

Un paso más en el perfeccionamiento de la seguridad en la contratación electrónica se dio con la creación de la *firma electrónica avanzada*.

La firma electrónica avanzada implica la intervención de un *tercero de confianza* que preste *servicios de certificación*, de tal manera que se pueda atribuir, sin lugar a dudas, que una determinada clave pública corresponde verdaderamente a quien la emite. A cerca de estos prestadores de servicios de certificación, el notario José Luis Perales Sanz en la presentación del seminario *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas* a que se ha hecho referencia señala, que con el sentido práctico que caracteriza a los países anglosajones y sobre todo a los Estados Unidos de América del Norte, “desconociendo la existencia del tercero de confianza existente en el continente europeo desde hace siglos, han creado la figura de un *Trust third party*, llamado *autoridad de certificación*, o en el fondo tercero de confianza.”⁴⁹⁴ Y agrega que este tercero “cumple la labor de certificar la atribución de una firma electrónica a un determinado titular.”⁴⁹⁵

Hace notar Perales Sanz que los sistemas anglosajones desconocen la figura del tercero de confianza existente en los países del continente, cuales son los notarios, lo que lo lleva a concluir que parece ser “que en la Unión Europea y en España hemos escogido un sistema de corte y tradición inglesa, sin aprovechar los sistemas tradicionales de certificación ya existentes.”⁴⁹⁶

Cabe hacer mención que estos prestadores de servicios de certificación no ejercen funciones de autoridad y su intervención no genera el nacimiento de un documento público, sino que únicamente certifica que una determinada firma electrónica corresponde al titular del certificado.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas. Óp. Cit* pág. 23.

⁴⁹⁵ *Ídem* pág. 24.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

5.1. La situación en España y en México.

¿Cuál es la situación que guarda el comercio electrónico, actualmente, en la legislación positiva española y mexicana?

5.1.1. España.

El punto de partida de la regulación de la informática en España podemos situarlo en el Real Decreto–Ley 14/1999, del 17 de septiembre, convalidado en el Congreso el 21 de Octubre de 1999, sin desconocer algunas otras disposiciones aisladas de mucha menor trascendencia. Con esta disposición España se anticipó a la Directiva 2000/31 CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 08 de junio de 2000, que estableció las bases para el comercio electrónico en el Mercado Interior. En el artículo primero de la Directiva referida se establece: “Los estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.”

Los aspectos relevantes del Real Decreto-ley 14/1999 se refieren por un lado al reconocimiento de la eficacia jurídica de la firma electrónica y la prestación al público de los servicios de certificación y, por otro, a la conservación de las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos y a las del régimen jurídico aplicable a las obligaciones.

En opinión de Guillermo Alcover Garau, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de las Islas Baleares, en su conferencia *Concepto de firma electrónica, firma electrónica y firma manual*, pronunciada en el seminario *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*,⁴⁹⁸ el artículo tercero del Real Decreto-ley sobre firma

⁴⁹⁸ *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Civitas Ediciones. S.L. Madrid España, 2002. Pág. 38.

electrónica constituye el núcleo central de la normativa recogida en el texto legal. Dice así dicho artículo en su apartado primero:

<< La firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación a los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales.

Se presumirá que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir los efectos indicados en este apartado, cuando el certificado reconocido en que se base haya sido expedido por un certificador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado, con arreglo a los establecido en el artículo 21. >>

Un paso más en la regulación del comercio electrónico lo constituye el Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre, que como precisa la Exposición de Motivos, no ha tenido sólo en cuenta la ley sobre condiciones generales de la contratación de 13 de abril de 1998 y el Decreto-ley sobre firma electrónica, sino la normativa comunitaria, en especial la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia.⁴⁹⁹ Siguiendo la exposición del notario Luis Hernández Lavado, “la norma regula diversos aspectos como el derecho de información, de resolución, inversión de la carga de la prueba, etc.”⁵⁰⁰

Posteriormente, la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, viene a delimitar el ámbito del comercio electrónico, las exclusiones y los requisitos básicos para su desarrollo.

La Ley, de acuerdo con su exposición de motivos, tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva

⁴⁹⁹ “La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas”. HERNÁNDEZ LAVADO, Luis. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Civitas Ediciones. S.L. Madrid España, 2002. Pág. 156.

⁵⁰⁰ *Ídem*. Pág. 157

2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el Comercio Electrónico en el mercado interior. La ley acoge un concepto amplio de <<servicios de la sociedad de la información>>, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica el suministro de información por dicho medio, las actividades de intermediación relativas a la prohibición de acceso a la red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones a la realización de copia temporal a las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la prohibición de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios, siempre que represente una actividad económica en el prestador.

Conforme apunta Pérez de Madrid Carreras, los aspectos fundamentales que trata de regular esta norma, para dotar de seguridad a la contratación electrónica, son los siguientes:

1° Requisitos de aplicación.- Se recogen en el artículo 23:

- Por un lado, los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento, siempre que concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Es decir, rige el principio de libertad característico de nuestro derecho patrimonial.
- Por otro, para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica, no será necesario el previo acuerdo de las partes contratantes sobre la utilización de medios electrónicos. Se abandona así la llamada teoría del doble consentimiento, en virtud de la cual los contratos electrónicos exigían, junto a la aceptación negocial propiamente dicha, la declaración de aceptación de la operativa electrónica o *trading agreement*.
- Finalmente, que siempre que la ley exija que el contrato conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato se contiene en un soporte electrónico.

2° Ámbito de aplicación.- La ley 34/2002 establece una serie de excepciones, como los contratos de familia y sucesorios; así como una remisión a normas especiales, como la que precisamente se aplica a la intervención notarial.

3° Proceso de contratación y protección del consumidor.- La ley 34/2002 se preocupa de establecer una serie de obligaciones para garantizar la corrección en la contratación electrónica. Como obligaciones previas, el artículo 26 establece la fundamental de informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca acerca de las cuestiones básicas del procedimiento de contratación electrónica; como obligaciones posteriores el artículo 28 establece la obligación de confirmar la recepción de la aceptación a través de un acuse de recibo.

4° Eficacia del contrato electrónico.- El artículo 24 regula la prueba del contrato electrónico, remitiéndose a las normas generales, pero indicando que *<<en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica, será admisible en juicio como prueba documental>>*. No obstante, hay que tener en cuenta la posibilidad de acudir al tercero de confianza en los términos del artículo 25 o a la intervención notarial por medio de la escritura electrónica o del acta a que se refiere el artículo 114 de la ley 24/2001.

5° Lugar y momento de la celebración del contrato electrónico.- En relación con el lugar, los contratos electrónicos en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual; y los demás, en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

En cuanto al momento, la ley 34/2002 ha modificado el artículo 1.261 CC y 54 Ccom, estableciendo, para los contratos electrónicos de formación sucesiva, la teoría de la recepción (*<<desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe>>*) y para los contratos electrónicos de formación instantánea, que son los celebrados mediante dispositivos automáticos, la teoría de la aceptación, pues se equiparan a los tradicionales contratos entre presentes dado que no hay un lapsus jurídicamente relevante entre oferta y aceptación.⁵⁰¹

Cabe destacar, como ya se apunta en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la Ley, que por disposición expresa del artículo V, quedan

⁵⁰¹ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *Óp. cit.* Pág. 189.

excluidos los servicios prestados por *notarios* y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, los cuales se regirán por su normativa específica.

Por su parte la Ley 24/2001 de 27 de diciembre sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social establece que la Firma Electrónica Reconocida Notarial permite al notario seguir ejerciendo su profesión en el marco de las comunicaciones telemáticas y el comercio electrónico. Los artículos 106 y siguientes de esta Ley desarrollan la atribución y uso de la firma electrónica por parte de notarios y registradores, la implantación obligatoria de sistemas telemáticos en los ámbitos notarial y registral, las características y requisitos de la firma electrónica de notarios y registradores, así como el uso de la misma en los ámbitos y en las relaciones entre notarias y registros. Entre las aplicaciones que se pueden destacar de la utilización de la firma electrónica está desde la identificación interna como notario al acceder a la Intranet SIC hasta las aplicaciones más recientes como la presentación telemática en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, además de otros ámbitos externos al Notariado - AEAT, Catastro, Seguridad Social, comunidades autónomas- en las que el uso de la firma electrónica notarial es una realidad.

Una de las aplicaciones más importantes es la relativa a la copia autorizada electrónica notarial, que tiene el mismo valor y los mismos efectos que la copia autorizada notarial en papel. Esta copia es el único documento que circula on line con efecto legitimatorio, al que se le atribuye valor de documento público. Sin embargo, la normativa vigente solo permite la remisión de copias autorizadas electrónicas a otros funcionarios públicos y a órganos jurisdiccionales. Los legisladores decidieron dejar la copia autorizada original en el ámbito jurídico-público para asegurar la seguridad del proceso y del documento. Por la misma razón, la copia autorizada electrónica solo puede ser trasladada a papel por el notario.

5.1.2. México.

La manera como en México se han venido incorporando las recomendaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL por sus siglas en inglés) en materia de comercio electrónico, ha sido mediante la reforma a la legislación vigente en materia civil, federal, mercantil, procesal, administrativa y fiscal.

Un primer grupo de reformas, se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo del año 2000 e incluyó reformas al Código de Comercio, al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles y a la Ley Federal de Protección al Consumidor y en ellas se reconoce la validez jurídica del contrato electrónico, la validez de la prueba del documento electrónico y se procura la protección de los consumidores.

La más significativa de estas reformas es la del Código de Comercio, de la cual se pueden destacar las siguientes disposiciones:

- En el artículo 80 se establece que los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o *mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología*, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

- En el artículo 89 se acepta que en los actos de comercio podrán emplearse *los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología* y se declara que para efecto del Código de Comercio, a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le denominará *mensaje de datos*.

- Con el propósito de generar seguridad y certeza jurídica en el comercio electrónico se establece en el artículo 90 que salvo pacto en contrario, se presumirá que el mensaje de datos proviene del emisor cuando ha sido enviado:

a) Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas de él, o

b) Por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

• En el artículo 80 se sigue el sistema de recepción para el perfeccionamiento de aquellos convenios y contratos mercantiles que se celebren mediante el uso de *medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología*.

• En el artículo 20 se establece que el Registro Público de Comercio operará con un programa informático y con una base de datos central interconectada con las bases de datos de sus oficinas ubicadas en las entidades federativas. Las bases de datos contarán con al menos un respaldo electrónico. Mediante el programa de informática se realizará la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión de la información registral. Se establece asimismo que el procedimiento para la inscripción de actos mercantiles en el Registro Público de Comercio será automatizado.

• En el artículo 1205 se declaran admisibles como medios de prueba los mensajes de datos y en el 1298-A se agrega que para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada la prueba.

La reforma al Código Civil Federal contiene las siguientes disposiciones:

• En el artículo 1803 se establece que el consentimiento en los contratos puede ser expreso o tácito, siendo, el primero, cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, *por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología*, o por signos inequívocos.

- Se equipara la oferta hecha por cualquier *medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología*, a la oferta hecha a una persona presente, cuando no se fija plazo para aceptarla, por lo que el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente.

- De acuerdo con el artículo 1811, cuando la propuesta y la aceptación se han dado a través de *medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología*, no se requiere, para que produzca todos sus efectos, que se haya establecido una estipulación previa entre los contratantes para el uso de esos medios.

- La obligación de firmar el contrato por todos los contratantes se tendrá por cumplida mediante la utilización de *medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología*, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios, sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

El Código Federal de Procedimientos Civiles se adicionó con el artículo 210-A, en el cual:

- Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en *medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología*.

- Para valorar la fuerza probatoria de la información se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

- Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por *medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología* se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó

por primera vez en su forma definitiva y ésta puede ser accesible para su ulterior consulta.

Se adicionó la Ley Federal de Protección al Consumidor con un capítulo numerado como VIII BIS y titulado “De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología”, y en él se dispuso que en la celebración de transacciones entre consumidores efectuadas a través del uso de *medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología* se cumplirá con lo siguiente:

- El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción.
- El proveedor deberá utilizar algún elemento técnico disponible para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor y le informará a éste de dicho elemento.
- El proveedor deberá proporcionar al consumidor antes de celebrar la transacción todos los datos necesarios para que el consumidor pueda presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones.
- El proveedor deberá abstenerse de realizar prácticas comerciales engañosas respecto de las características especiales de sus productos.
- El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor.
- El proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la calidad y cantidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales.

- El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y cuidará las prácticas de mercadotecnia dirigidas a la población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

Un segundo grupo de reformas importantes se publicaron en el Diario Oficial de la federación del 29 de agosto de 2003 y consisten básicamente en reformas y adiciones al Código de Comercio relacionadas con los mensajes de datos y firma electrónica.

Estas reformas son:

- Se establecen como principios generales que regulan el comercio electrónico los siguientes:

- a) Neutralidad tecnológica.

- b) Autonomía de la voluntad.

- c) Compatibilidad internacional y equivalencia funcional del mensaje de datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma electrónica en relación con la firma autógrafa.

- Para efecto del Código, se deberán tomar en cuenta las siguientes definiciones:

Certificado: Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un Firmante y los datos de creación de Firma Electrónica.

Datos de Creación de Firma Electrónica: Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el Firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su Firma Electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha Firma Electrónica y el Firmante.

Destinatario: La persona designada por el Emisor para recibir el Mensaje de Datos, pero que no esté actuando a título de Intermediario con respecto a dicho Mensaje.

Emisor: Toda persona que, al tenor del Mensaje de Datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de Intermediario.

Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

Firma Electrónica Avanzada o Fiable: Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97.

En aquellas disposiciones que se refieran a Firma Digital, se considerará a ésta como una especie de la Firma Electrónica.

Firmante: La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa.

Intermediario: En relación con un determinado Mensaje de Datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho Mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Parte que Confía: La persona que, siendo o no el Destinatario, actúa sobre la base de un Certificado o de una Firma Electrónica.

Prestador de Servicios de Certificación: La persona o institución pública que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso.

Secretaría: Se entenderá la Secretaría de Economía.

Sistema de Información: Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma Mensajes de Datos.

Titular del Certificado: Se entenderá a la persona a cuyo favor fue expedido el Certificado.

- Se reconoce el principio *habeas data* en materia electrónica, de acuerdo con el cual no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un mensaje de datos.

- Se establece la presunción *juris tantum* de que un mensaje de datos ha sido enviado por el emisor cuando:

- a) Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el emisor, con el fin de establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de éste, o

- b) El mensaje de datos que reciba el destinatario o la parte que confía, resulte de los actos de un intermediario que le haya dado acceso a algún método utilizado por el emisor para identificar un mensaje de datos como propio.

- En relación con el momento en que se considera que se lleva a cabo la recepción de un mensaje de datos, se distinguen diversas hipótesis: a) cuando se designó un sistema de información para la recepción del mensaje, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho sistema; b) si habiendo un sistema de información designado el mensaje de datos se envía a otro sistema de información del destinatario, la recepción tendrá lugar en el momento en que el

destinatario recupere el mensaje de datos; c) cuando no se designó un sistema de información para recibir el mensaje, el artículo 91 en sus fracciones II y III establece de forma contradictoria dos momentos. En la fracción II señala “De no haber un sistema de información designado, *en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos*”, y en la fracción III dice “Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar *cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario*.”

- Se considera como momento de la expedición de un mensaje de datos cuando éste ingrese en un sistema de información que no esté bajo el control del emisor ó del intermediario.

- Se equipara el mensaje de datos a la forma escrita, cuando ésta es requerida para los actos, convenios o contratos, siempre que la información contenida en el mensaje se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en que se encuentre o represente.

- Se tiene como lugar de emisión de un mensaje de datos, el lugar donde el emisor tenga su establecimiento y por recibido, el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Si tuvieren más de un establecimiento, se considerará el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente, o su establecimiento principal, y de no haber establecimiento, el lugar de residencia habitual.

En cuanto a las firmas, las disposiciones establecidas en la reforma son las siguientes:

- Las reglas del código se aplicarán de manera que no excluyan, restrinjan o priven de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica.

- Cuando la ley lo requiera o las partes convengan que un mensaje de datos lleve firma electrónica, se entenderá cubierto el requisito si la firma electrónica que se utilice resulta apropiada para los fines para los cuales se generó o transmitió ese mensaje de datos.

- Una firma electrónica se considera *avanzada o fiable* si cumple, por lo menos, con los siguientes requisitos:

- a) Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;

- b) Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;

- c) Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y

- d) Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Las anteriores disposiciones se entienden sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una Firma Electrónica; o presente pruebas de que una Firma Electrónica no es fiable.

Se reconoce la intervención de los Prestadores de Servicios de Certificación para determinar y hacer del conocimiento de los usuarios si las firmas electrónicas avanzadas o fiables que les ofrecen cumplen con los requisitos para ser consideradas como tales. La determinación que se haga deberá ser compatible con las normas y criterios internacionales reconocidos. Se reconoce asimismo la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

- En cuanto al firmante, queda sujeto a las siguientes reglas:

- c) Cumplir las obligaciones derivadas del uso de la Firma Electrónica;

- d) Actuar con diligencia y establecer los medios razonables para evitar la utilización no autorizada de los Datos de Creación de la Firma;

- e) Cuando se emplee un Certificado en relación con una Firma Electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el Certificado, con su vigencia, o que hayan sido consignadas en el mismo, son exactas.

El Firmante será responsable de las consecuencias jurídicas que deriven por no cumplir oportunamente las obligaciones antes señaladas, y

- f) Responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el Destinatario conociere de la inseguridad de la Firma Electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia.

• Podrán ser Prestadores de Servicios de Certificación:

a) Los notarios públicos y corredores públicos.

b) Las personas morales de carácter privado.

c) Las instituciones públicas, conforma a las leyes que les sean aplicables.

• La facultad de expedir certificados no conlleva fe pública.

• Para obtener la acreditación de la Secretaría para ser Prestador de Servicios de Certificación, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Solicitar a la Secretaría la acreditación como Prestador de Servicios de Certificación;

b) Contar con los elementos humanos, materiales, económicos y tecnológicos requeridos para prestar el servicio, a efecto de garantizar la seguridad de la información y su confidencialidad;

c) Contar con procedimientos definidos y específicos para la tramitación del Certificado, y medidas que garanticen la seriedad de los Certificados emitidos, la conservación y consulta de los registros;

d) Quienes operen o tengan acceso a los sistemas de certificación de los Prestadores de Servicios de Certificación no podrán haber sido condenados por delito contra el patrimonio de las personas o que haya merecido pena privativa de la libertad, ni que por cualquier motivo hayan sido inhabilitados para el ejercicio de su profesión, para desempeñar un puesto en el servicio público, en el sistema financiero o para ejercer el comercio;

e) Contar con fianza vigente por el monto y condiciones que se determinen en forma general en las reglas generales que al efecto se expidan por la Secretaría;

f) Establecer por escrito su conformidad para ser sujeto a Auditoría por parte de la Secretaría, y

g) Registrar su Certificado ante la Secretaría.

- Para determinar si un Certificado o una Firma Electrónica extranjeros producen efectos jurídicos, o en qué medida los producen, no se tomará en consideración cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El lugar en que se haya expedido el Certificado o en que se haya creado o utilizado la Firma Electrónica, y

b) El lugar en que se encuentre el establecimiento del Prestador de Servicios de Certificación o del Firmante.

- Todo Certificado expedido fuera de la República Mexicana, producirá los mismos efectos jurídicos en la misma, que un Certificado expedido en la República Mexicana, si presenta un grado de fiabilidad equivalente a los contemplados por este Título.

- Toda Firma Electrónica creada o utilizada fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que una Firma Electrónica creada o utilizada en la República Mexicana si presenta un grado de fiabilidad equivalente.

- A efectos de determinar si un Certificado o una Firma Electrónica presentan un grado de fiabilidad equivalente, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas por México y cualquier otro medio de convicción pertinente.

- Cuando las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de Firmas Electrónicas y Certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, *mensajes de datos*, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

5.2. El notario ante los medios electrónicos.

Por lo que se refiere a la aplicación que el uso del internet tiene ya, actualmente, en el desempeño de la función notarial, podemos afirmar que el día de hoy el funcionamiento de una notaría sería impensable sin el auxilio de las nuevas tecnologías de la electrónica. Por ello debemos analizar hasta dónde llega el empleo de estas tecnologías en el ejercicio de la función notarial, cuáles son los problemas y retos que presenta y cuál el estado actual de la legislación para el uso de la electrónica en la función notarial.

a) Un primer aspecto, que debe señalarse es la interacción de dos sistemas jurídicos incompatibles, -el de tradición romano-germánica y el del *common law*-, que hasta antes de la aparición del comercio electrónico se habían mantenido independientes, funcionando cada uno de ellos conforme a sus propias reglas, pero que ahora, debido a la aparición del comercio electrónico internacional, han tenido que acercarse para alcanzar un grado de compatibilidad que permita su realización.

El sistema de *common law*, como sabemos, es de tradición oral y no conoce la distinción entre documentos públicos y documentos privados, en tanto que el sistema romano-germánico es de tradición escrita y en él sí hay diferencia, entre el documento público producido por la autoridad o el fedatario público y el documento privado generado por los particulares. El documento público está dotado de valor probatorio pleno, en juicio y fuera de él y por tanto produce un elevado nivel de certeza y seguridad jurídica.

La falta de un notario prestador de la fe pública estatal, en el sistema del *common law*, condujo a los países que siguen este sistema, a efecto de darle seguridad jurídica al comercio electrónico, a la creación de la figura del TTP (*Trust Third Party*)⁵⁰² llamado *autoridad de certificación* o en el fondo, tercero de confianza y en la búsqueda de la compatibilidad entre los dos sistemas, los países de tradición romano-germánica, no obstante que ya tenían la milenaria institución del notario latino prestador de la fe pública (en realidad un tercero de confianza), incorporaron también la figura del *Trust Third Party*, a la que llamaron *prestadores de servicios de certificación*.

La intervención de un tercero de confianza prestador de servicios de certificación, además del notario, en los países de sistema de notariado latino, nos lleva a la necesidad de establecer las diferencias entre ambos.

⁵⁰² Asienta PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *Óp. cit.* Pág. 196 “Resulta paradójico, como dije Goma Lanzón, que <<Los Estados Unidos se acerquen al notariado latino para obtener seguridad jurídica en la red.>>”

Analizando esta cuestión, el notario José Luis Perales Sanz en la presentación del *Seminario Sobre la Seguridad Jurídica en las Transacciones Electrónicas*, del que se ha hecho mérito, apunta: “Pensemos en lo que hace una autoridad de certificación. Aún cuando la directiva y la ley de firma electrónica hayan dulcificado su significado de autoridad, al llamarles proveedores de servicios de certificación, están creando una figura muy parecida a la que existe en el sistema anglosajón de certificación, pues la función es parecida: es una persona del ámbito del derecho privado que certifica que la firma, en este caso la electrónica, corresponde a una persona, y en nuestro ámbito al titular del certificado. Y nada más. Y nada más, porque de otro modo, sería alterar todo el sistema de seguridad jurídica desarrollado por el Estado.”

De lo anterior se desprende que los prestadores de servicio de certificación tienen una función estrictamente técnica, que consiste en certificar que una determinada firma electrónica corresponde al titular del certificado, pero ni los prestadores del servicio son fedatarios públicos, ni los certificados son documentos públicos. La fe pública sigue siendo una atribución del Estado que deposita en los notarios.

b) **Un segundo aspecto** tiene que ver con la función de la firma en los contratos tradicionales con soporte de papel, y la firma electrónica en los documentos extendidos en soporte informático, que genera lo que se conoce como documento electrónico y la posibilidad de actuación del notario en este tipo de documento.

La firma tradicional, siguiendo la explicación que hace el notario Rodríguez Adrados en su estudio titulado “*El documento negocial informático*”⁵⁰³, tiene en el documento según la clásica formulación de Carnelutti, “una función indicativa y una función declarativa”⁵⁰⁴, pero su verdadera función es declarativa: “los otorgantes declaran con la firma su voluntad en los términos expresados en el texto negocial contenido en el documento; en efecto, en los documentos <<escritos>> la voluntad se declara también <<por escrito>>, por medio de la firma; la

⁵⁰³ Notariado y contratación electrónica. *Óp. cit.* Pág. 353.

⁵⁰⁴ *Ídem.* Pág. 364

firma <<es>>, según el principio que decíamos, la declaración de voluntad, cuyo contenido fija el texto documental.”⁵⁰⁵ En la firma electrónica, en virtud de la certificación, es posible atribuir la firma al titular del certificado, sin embargo, existe la posibilidad de que haya sido otra persona, distinta al titular de la firma, quien haya hecho uso de la clave privada del emisor.

En síntesis, de acuerdo con el notario Francisco Javier Barreiros Fernández en su estudio *El papel del notariado en el uso de la firma digital*, las diferencias entre firma manuscrita y firma electrónica avanzada, son las siguientes:

“1. La necesidad de un acto que implica la asunción de la firma digital como mecanismo de suscripción de una declaración de voluntad. En la firma manuscrita no es necesario ese acto, no es necesario acudir a una entidad certificante que nos provea de la firma.

2. La firma manuscrita es inescindible de la persona. La firma digital no, puede separarse el soporte físico de generación de la firma digital de su titular y ser suplantado por otra persona distinta.

3. La firma manuscrita persiste mientras viva el individuo, la firma digital tiene una duración temporal limitada, pues precisamente como medio de seguridad se ha establecido la necesidad de limitar la duración del certificado al que va aneja la firma digital.

4. La firma manuscrita es única, sin embargo, se pueden tener varias firmas electrónicas para utilizar en ámbitos negociales diferentes y cuyo contenido y limitaciones también puede ser diferente.

5. La firma electrónica no es siempre la misma, pues el resultado de la aplicación al mensaje informático de una clave privada, que provoca un texto cifrado con una fórmula distinta cada vez, por cuanto el resultado es diferente dependiendo al texto al que se aplica.

De estas diferencias se puede extraer la conclusión de que no es posible una plena equiparación del documento electrónico y el

⁵⁰⁵ *Ídem*. Pág. 376

documento en soporte papel, pues las firmas que adornan uno y otro no son idénticas.”⁵⁰⁶

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, cabe preguntarnos si es posible la celebración de un acto notarial a través de firma electrónica. En principio, y dado el estado actual de la legislación, lo anterior sólo es posible respecto de algunas actuaciones del notario que no impliquen el otorgamiento de un contrato entre las partes.

Las leyes del notariado vigentes establecen como requisito para el otorgamiento de un acto jurídico que los interesados comparezcan ante la presencia del notario, que el notario verifique la capacidad natural y jurídica de los comparecientes, que él mismo les leyó la escritura y les explicó el valor y las consecuencias legales de su contenido y que ante él manifestaron su conformidad *mediante la impresión de su firma*, por lo que no sería posible el perfeccionamiento de un contrato en el que las partes firmaran a distancia mediante firma electrónica. Es previsible que más adelante la legislación se adecue para que, tratándose de un negocio jurídico bilateral, los contratantes puedan estar en presencia de dos notarios ubicados en distintos sitios, inclusive en países diferentes y se conecten telemáticamente. Sin embargo, por ahora, esto todavía, en México, no es posible.

La ley mexicana, en el tercer párrafo del artículo 93 del Código de Comercio, casi idéntico al segundo párrafo del artículo 1834 bis del Código Civil Federal, contiene la siguiente disposición: “en los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, este y las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.” Es decir, el uso

⁵⁰⁶ *Notariado y contratación electrónica. Óp. cit.* Pág. 19

de la electrónica se limita a actos previos al otorgamiento de la escritura.

Sin duda, el más importante empleo que se hace del internet actualmente en el desempeño de la función notarial, es para efectos fiscales. La regla general la establece el artículo 17-D, primer párrafo, del Código Fiscal de la Federación que ordena: “Cuando las disposiciones fiscales obliguen a presentar documentos, *estos deberán ser digitales y contener una firma electrónica avanzada del autor*, salvo los casos que establezcan una regla diferente. Las autoridades fiscales, mediante reglas de carácter general, podrán autorizar el uso de otras firmas electrónicas.”

Otras disposiciones de carácter fiscal alusivas al uso de medios electrónicos por parte de los notarios, son las siguientes:

- Para los efectos de la exención del pago del impuesto sobre la renta por la enajenación de casa habitación, que establece la fracción XV del Art. 109 de la ley, el fedatario público deberá consultar al servicio de administración tributaria a través de la página de internet si previamente el contribuyente ha enajenado alguna casa-habitación durante los 5 años anteriores a la fecha de la enajenación de que se trate.
- Para los efectos de la inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes de las personas morales, las mismas deberán presentar su solicitud de inscripción en el momento en que se firme su acta o documento constitutivo, a través del fedatario público ante quien se constituyan, según lo establece el Art. 20 del Código Fiscal de la Federación. Para este propósito, los fedatarios deberán incorporarse al “*Sistema de Inscripción y Avisos al Registro Federal de Contribuyentes a través de fedatario público por medios remotos.*” Igual obligación existe para inscribir a socios o accionistas de personas morales y de enajenantes de bienes inmuebles.

- Para los efectos de los avisos que los notarios tienen que proporcionar al Sistema de Administración Tributaria, establecidos en los artículos 27, octavo párrafo del Código Fiscal de la Federación y 24, segundo párrafo de su Reglamento, se deberán presentar a través del programa electrónico “*Declaranot*”.
- Asimismo, la ley permite el pago de impuestos y derechos mediante transferencia bancaria vía internet.

También se puede usar el sistema electrónico para la inscripción de escrituras en el Registro Público del Comercio y de los registros de la propiedad que así lo permitan. Como ya dijimos, de acuerdo con el artículo 20 del Código de Comercio, el Registro Público de Comercio operará con un programa informático y con una base de datos central, interconectada con las bases de datos de sus oficinas ubicadas en las entidades federativas, y el procedimiento para la inscripción será automatizado.

En el Estado de México, con fecha 3 de septiembre 2010, se promulgó la *Ley para el Uso de Medios Electrónicos del Estado de México*. El artículo 1º de este ordenamiento legal establece que tiene por objeto: I. Regular el uso de los medios electrónicos en los actos y procedimientos administrativos que realicen los sujetos de la presente ley; II. Reconocer la firma electrónica y el sello electrónico, y regular los procesos de certificación de los mismos, así como los procedimientos de renovación, suspensión y revocación de los certificados; y III. Regular la gestión de trámites, servicios, procesos administrativos, actos, comunicaciones y procedimientos, realizados con el uso de medios electrónicos en los términos de esta ley.

Son sujetos de la ley, de acuerdo con el artículo 2, los siguientes:

- I. Las dependencias y los organismos auxiliares del Poder Ejecutivo, a que se refiere la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México;

- II. Los ayuntamientos, las dependencias y entidades de la administración pública municipal, previstos en la Ley Orgánica Municipal del Estado de México y en los bandos municipales respectivos;
- III. Los notarios públicos del Estado de México;
- IV. Las personas físicas y las jurídicas colectivas;
- V. Los Poderes Legislativo y Judicial, así como los órganos autónomos, observarán las disposiciones de esta Ley, en lo que no se oponga a sus ordenamientos legales.

Por su parte, el artículo 3, expresamente dispone: “Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley, los actos de autoridad para los que la Constitución Local o la Ley exijan la firma autógrafa o cualquier otra formalidad no susceptible de cumplirse mediante el uso de los medios electrónicos, o que requieran la concurrencia personal de los servidores públicos o los particulares.”

De acuerdo con estas disposiciones, el uso de internet en el Estado de México es posible en los actos y procedimientos administrativos que realicen los sujetos de la ley, y dentro de estos sujetos expresamente se consideran “los notarios públicos del Estado de México”, sin embargo, el artículo 3 establece que no es aplicable la ley, en aquellos casos en que la Constitución local u otra ley “exijan la firma autógrafa o cualquier otra formalidad no susceptible de cumplirse mediante el uso de los medios electrónicos”, o “que requieran la concurrencia personal de los servidores públicos o los particulares”. De lo anterior se desprende que si bien los notarios son sujetos de la ley y pueden hacer uso de los medios electrónicos en los actos y procedimientos administrativos que realizan, no pueden en cambio hacerlo en aquellos actos o procedimientos en que la ley del notariado exige la firma autógrafa así como la presencia personal del notario.

Con fundamento en los artículos 22 y 23 de la ley, los notarios públicos del Estado de México pueden ser titulares de una firma y sello

electrónicos. La firma electrónica y/o el sello electrónico garantiza de acuerdo con la ley: a) la autenticación de los actores en el acto procedimiento administrativo en el SEITS⁵⁰⁷; b) la confidencialidad de los datos vinculados con los actos y/o procedimientos administrativos gestionados en el SEITS; c) la integridad de los datos vinculados con los actos y/o procedimientos administrativos gestionados en el SEITS; d) el no repudio de los actores que firmen o sellen electrónicamente las gestiones realizadas en el SEITS; y e) la posibilidad de determinar la fecha electrónica del mensaje de datos.

El valor y alcance de la firma y sello electrónico se establece en las siguientes disposiciones de la ley:

Artículo 25.- Todo mensaje de datos o documento electrónico que cuente con firma electrónica y/o sello electrónico, y que se haya derivado de actos, procedimientos, trámites y/o resoluciones realizados en los términos de la Ley, tendrá la misma validez legal que los que se firmen de manera autógrafa y/o se sellen manualmente en documento impreso.

Artículo 26.- La firma electrónica y/o el sello electrónico vinculan al titular con el contenido del mensaje de datos o documento electrónico, de la misma forma en que una firma autógrafa o un sello oficial lo hacen respecto del documento en el que se encuentran asentados, por lo que su uso implica expresión de voluntad para todos los efectos legales.

Artículo 27.- De impugnarse la autenticidad o exactitud de un mensaje de datos o de un documento electrónico, se estará a lo previsto para los procesos de suspensión y revocación de certificados.

Artículo 28.- Para los efectos de la Ley, un mensaje de datos surtirá efectos de notificación cuando haya sido enviado por el emisor a través del SEITS, y se encuentre disponible en el mismo para el destinatario.

⁵⁰⁷ Sistema Electrónico de Información, Trámites y Servicios del Estado de México.

Artículo 29.- Toda firma electrónica o sello electrónico creados fuera de la República Mexicana o del Estado de México, producirá los mismos efectos jurídicos que uno expedido al amparo de la Ley, siempre y cuando contengan las características y requisitos de confidencialidad y autenticidad que la misma previene.

Por último mencionamos que la ley reconoce como principios conforme a los cuales deberá funcionar el uso de los medios electrónicos en el Estado de México, los siguientes: neutralidad tecnológica, equivalencia funcional, autenticidad, conservación, confidencialidad e integridad.

En España el artículo 111 de la Ley 24/2001 permite ya la formalización de negocios a distancia. Esta disposición dice: “Por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico.” Y añade el precepto que “Reglamentariamente se determinarán las condiciones y el procedimiento para la integración de las distintas declaraciones de voluntad en el negocio único, así como la plasmación del mismo en un único documento público.” Comentando este precepto, Valerio Pérez de Madrid Carreras afirma: “Realmente la utilidad (del precepto) reside en que el Notario de origen no autoriza un negocio jurídico completo, sino un negocio en formación; en cambio, el Notario de destino autoriza un negocio completo por la integración del documento que autorizó con el documento recibido.”⁵⁰⁸

c) Un tercer aspecto tendría que ver con una posible y deseable reforma a las leyes notariales que contemple y regule el uso de la electrónica en el ejercicio de la función notarial, en la cual deberán tenerse en cuenta los siguientes principios que apunta Pérez de

⁵⁰⁸ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *Óp cit.* Pág. 202

Madrid Carreras, siguiendo a su vez a autores como Cabanas y Bonardell:⁵⁰⁹

1) *Principio de legalidad*. Es necesaria la existencia de una norma jurídica que regule al documento público notarial electrónico y determine sus principios configuradores y su alcance y efectos jurídicos.

2) *Principio de equivalencia funcional*. Que se establezca que el documento público notarial, independientemente del soporte en que se plasme, ya sea papel o electrónico debe satisfacer los mismos requisitos y tener los mismos efectos.

3) *Principio de seguridad*. Que obliga a que se garantice tanto la seguridad técnica como la seguridad jurídica en la actuación notarial relacionada con el documento electrónico.

4) *Principio de conectividad*. Supone la conexión con las diversas administraciones y registros públicos para la obtención de toda la información necesaria para la eficacia del documento notarial.

5) *Principio de competencia*. La generación y plasmación en papel del documento electrónico notarial sólo puede ser de competencia exclusivamente notarial.

6) *Principio de fidelidad*. Este principio, como dice Valerio Pérez de Madrid, obliga a los notarios a cumplir un específico deber de custodia del soporte técnico que permite la generación de la firma electrónica reconocida, acompañado de una rigurosa obligación de uso personal de la misma.⁵¹⁰

7) *Principio de neutralidad tecnológica*, “de modo que los principios enunciados permanecen cualquiera que sea el soporte electrónico en que se plasme la actuación notarial.”⁵¹¹

⁵⁰⁹ *Ídem*. Pág. 204

⁵¹⁰ *Ídem*. Pág. 205.

⁵¹¹ *Ibidem*.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La seguridad jurídica está en la génesis de la función notarial. La necesidad de darle certidumbre a las relaciones de Derecho privado, empezando por la transmisión de bienes inmuebles, y de ahí a otros actos de los particulares, como testamentos y contratos, fue perfilando la figura del notario y la función que realiza.

SEGUNDA. El florecimiento del comercio en Europa, particularmente en las ciudades italianas de Florencia y Venecia, en el siglo XII, y la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en los tratos comerciales, va a conformar en los siglos siguientes (XIII y XIV) el notario latino con las características y significación actualmente vigentes, particularmente la fe pública notarial.

TERCERA. Desde el punto de vista conceptual, la función notarial no puede entenderse sino en función de sus fines. El fin de la función notarial, en el sistema latino, es la seguridad jurídica preventiva o cautelar de las relaciones *jusprivatistas*. Por ello se puede tipificar la función notarial como una *función cautelar*.

CUARTA. La seguridad jurídica es reconocida actualmente como una atribución fundamental del Estado. En un principio la justicia fue el fin principal de la organización política. En la Edad Media la justicia se transforma de un concepto secular a un concepto puramente religioso. En la Edad Moderna, a partir de Maquiavelo y sobretodo de Thomas Hobbes, se destaca ya la necesidad del Estado de garantizar la seguridad por encima de cualquier otra cosa. Radbruch, y algunos otros filósofos y juristas, reconocen que la seguridad es el fin fundamental del Estado. Desde el punto de vista filosófico la seguridad es ahora considerada como parte consustancial de la justicia, junto con la libertad y la igualdad.

QUINTA. José Luis Mezquita del Cacho sostiene que las líneas generales para el reconocimiento de un *Sistema de Derecho Cautelar* están dadas y que forman un *sistema integral* susceptible de un tratamiento normativo y dogmático, con espacio y estilos propios.

Independientemente del eventual reconocimiento, por la dogmática jurídica, del Derecho cautelar, como un sistema autónomo de Derecho, es incuestionable que existe un entramado jurídico, perfectamente identificado, formado por un conjunto de normas, formas, instituciones, personas públicas y privadas, que obedece a principios claramente establecidos y que tiene, como función primigenia, garantizar la seguridad preventiva en las relaciones *jusprivatistas*. A este entramado pertenece sin lugar a dudas la función notarial.

SEXTA. Las características propias de la función notarial son las siguientes: es una función cautelar en tanto que su finalidad principal es garantizar la seguridad preventiva; es de carácter institucional; es de carácter aplicativo; es de carácter público y privado de manera inescindible; es de carácter formal; genera responsabilidad legal en caso de ejercicio indebido y está sujeta a principios en cuanto a su ejercicio. Los principios notariales son: principio de rogación; principio de veracidad; principio de legalidad; principio de inmediación; principio de libre elección del notario; principio de imparcialidad; principio de matricidad y de protocolo y principio de secrecía.

SÉPTIMA. La función notarial tiene su fundamento en la Constitución Política del Estado. En el caso de España en el artículo 9.3 que garantiza la seguridad jurídica. En el caso de México, y dada su estructura federal, el fundamento de la fe pública notarial se encuentra en la soberanía de los Estados, al no ser una materia reservada a la federación. Por ello las constituciones locales facultan a sus respectivas legislaturas a legislar en materia notarial y registral. Sin embargo nada se opone a que en el Estado de México, siguiendo su tradición constitucional, estas materias estén expresamente consideradas en su constitución.

OCTAVA. El notario realiza un indudable control de la legalidad. Ciertamente el control del notario tiene un valor y alcance distinto a los controles que ejercen el registrador y el juez, pero eso no significa que no sea control. *Autorizar, calificar y juzgar* son tres cosas distintas, pero todas inciden en la legalidad del acto sobre el que recaen. La

autorización notarial genera un documento público con presunción de legalidad y autenticidad, el registro le da efectos *erga omnes* y la sentencia judicial, en su caso, le da definitividad.

NOVENA. La autorización es el acto notarial por virtud del cual el notario dota de fe pública al instrumento notarial. La autorización del notario se desdobra en dos momentos: en un primer momento el notario autoriza que los interesados firmen el instrumento notarial; en el segundo momento el notario formaliza su autorización estampando su firma autógrafa. A partir de este momento, el acto jurídico produce todos sus efectos jurídicos. El efecto de la autorización es que el acto produzca sus efectos jurídicos. Usando una metáfora podemos decir que la autorización notarial es la luz verde en el semáforo de las relaciones jurídicas de Derecho privado que se someten a la intervención del notario.

DÉCIMA. El ámbito de competencia del notario es en términos generales la *seguridad cautelar*. Por ello puede designarse la competencia notarial como *jurisdicción cautelar*, pues este término capta realmente la esencia de la función notarial. Jurisdicción significa *proclamar el Derecho*, y cuando el notario autoriza un instrumento, lo que hace es proclamar el Derecho entre las partes, con fines de seguridad cautelar.

DÉCIMA PRIMERA. Si bien la función notarial tiene como propósito fundamental la creación del instrumento público con fines de seguridad cautelar, el notariado actual se orienta hacia una función más amplia que la tradicional centrada, básicamente, en la formalización de actos jurídicos, y su influencia se siente más allá de la esfera meramente jurídica e incide, de manera importante, en el desarrollo económico; con la regularización de la tenencia de la tierra a través de la titulación masiva; con la despresurización de los juzgados; con el combate al lavado de dinero, y en diversos aspectos de lo que se conoce, genéricamente, como sociedad de la información, entre otros efectos.

DÉCIMA SEGUNDA. La *jurisdicción cautelar* del notario reclama para sí todos los actos que tradicionalmente se consideran como propios de la mal llamada *jurisdicción voluntaria*, con excepción de aquellos que tienen que ver con la condición de las personas, tales como los derechos de la personalidad, patria potestad, tutela, adopción, menores, incapacitados, los cuales deben seguir radicados en sede judicial.

DÉCIMA TERCERA. La *auctoritas* del notario y la eficiencia que supone su carácter profesional del Derecho, le hacen especialmente apto para intervenir en procedimientos de solución alternativa de conflictos como la mediación y el arbitraje.

DÉCIMA CUARTA. Desde organismos financieros mundiales se ha cuestionado la pertinencia del notario en la realización de negocios. Los *Informes Doing Business* patrocinados por el Banco Mundial consideran la intervención del notario en la constitución de sociedades y otros actos mercantiles como una traba que obstaculiza su desarrollo. Esta posición en realidad pretende, en una especie de *colonialismo jurídico*, imponer en los países pertenecientes al Sistema Romano Germánico, figuras como el *contrato de seguro* propio del Sistema Anglosajón, en detrimento de la seguridad jurídica cautelar que proporciona el notario latino.

DÉCIMA QUINTA. El *contrato de seguro*, al ofrecer únicamente una indemnización acotada, para el caso de que se causen daños y perjuicios por defectos o incongruencias del título de propiedad, que frustren el fin práctico que se propusieron las partes al contratar, representa una garantía mucho más limitada que la que ofrece la función cautelar que presta el notario público, complementada con la institución del Registro Público de la Propiedad, con efectos contra terceros. Por otra parte el costo del contrato de seguro es mucho más elevado que los honorarios notariales y el pago de los derechos de registro.

DÉCIMA SEXTA. Además de la seguridad jurídica cautelar que garantiza la intervención del notario, de dicha intervención se derivan otras ventajas no menos importantes como: el notario desempeña un papel de mediador al recabar información relevante para los contratantes, verificar su regularidad y asesorarlos sobre la mejor opción de contratación posible, desde el punto de vista jurídico, económico y fiscal; el notario hace las veces de árbitro imparcial entre las partes ayudándolas a conciliar y armonizar sus intereses, con lo que se previenen litigios futuros; el notario redacta un documento claro y preciso, dotado de fe pública, con valor probatorio pleno; liquida, recauda y entera los derechos e impuestos que genera la operación y la manda inscribir al Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros; participa en la lucha contra el lavado de dinero y, finalmente, conserva la matriz del documento, con su respectivo apéndice, para garantía de las partes.

DÉCIMA SÉPTIMA. La titulación de la propiedad representa un gran valor económico y social. El propietario que goza de un título de propiedad inscrito en el Registro Público puede grabar su propiedad, venderla, rentarla, dividirla, asociarse, etc. Por ello la titulación masiva es de la máxima importancia sobre todo en países pobres o en desarrollo. Los notarios son la base de cualquier política pública de regularización o formalización de la propiedad. Si los notarios no tienen una intervención mayor en esta tarea, es por las limitaciones legales que en cada país establece la legislación. En México el notariado participa, tanto a nivel federal como en las entidades federativas, con los organismos públicos de vivienda y organismos de regularización de la tenencia de la tierra que llevan a cabo titulación masiva, con precios especiales a favor de los interesados.

DÉCIMA OCTAVA. En la lucha contra el lavado o blanqueo de dinero, el GAFI -a través de las *40 Recomendaciones (40R's)*- implicó a los notarios entre los sujetos que llevan a cabo actividades de riesgo, equiparándolos con instituciones financieras, comerciantes de oro y joyería, casinos, entre otros sujetos. Por ello requirió a la comunidad

internacional para que en cada Estado se establecieran leyes que incorporaran medidas de control sobre estos sujetos. En España la ley 10/2010 llevó a cabo la trasposición de la Tercera Directiva que tiende a realizar, en el ámbito europeo, las recomendaciones de GAFI sobre prevención del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. En México apenas con fecha 17 de octubre de 2012, se aprobó la *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Financiamiento del Terrorismo*, que pretende cumplir con las recomendaciones del GAFI.

DÉCIMA NOVENA. El colectivo notarial en todos los países del sistema latino ha manifestado su compromiso con la legalidad. Sin embargo no deben imponerse a los notarios disposiciones draconianas que exageran sus responsabilidades cuando su participación en el control del lavado de dinero es verdaderamente marginal. Rara vez conoce el trasfondo del negocio que llega a la notaría para su formalización; lo que los socios piensan hacer; para qué quieren la sociedad. El conocimiento que de estos aspectos tiene el notario es prácticamente inexistente. El se concreta a darle forma al contrato y si después esa sociedad se usa para lavar dinero, no es responsabilidad del notario. Entonces, los legisladores tienen que ser cautos, prudentes, razonables y sensatos al establecer responsabilidades en esta materia.

VIGÉSIMA. La función notarial se encuentra inmersa en la sociedad de la información; el ejercicio de la función notarial el día de hoy sería impensable sin el apoyo de los medios electrónicos. Los notarios cumplen con todas sus responsabilidades fiscales mediante el uso de internet. Asimismo cada vez se avanza más en la automatización de los registros públicos. Sin embargo, todavía no se llega al momento en que la fe pública notarial pueda prestarse mediante la firma electrónica avanzada del notario. Las diferencias entre la firma manuscrita y la firma electrónica avanzada son todavía insalvables para su plena equiparación en el desarrollo de las actividades notariales. El gran reto en esta materia consiste en garantizar junto a la seguridad técnica que

posibilite que el mensaje se envíe y se reciba adecuadamente, de forma integral y confidencial, la seguridad jurídica que debe garantizar la capacidad y la legitimación de quien se comunica a través de la red y su adecuado conocimiento del alcance jurídico del documento firmado y/o remitido electrónicamente.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILASOCHO RUBIO, Ricardo. *Guía para las enajenaciones agrarias*. Popocatepetl Editores S.A de C.V. 2º Edición. México, 2009.

AGUILASOCHO RUBIO, Ricardo y FIGUEROA MÁRQUEZ David. *Herramientas que el Notariado puede proveer para la solución de la Titulación Masiva*. Ponencias presentada por la Asociación Nacional de Notariado Mexicano A.C. en la XIII Jornada Notarial Iberoamericana en Paraguay, 2008.

AGUILAR BASURTO. Luis Arturo, *Derecho de los bienes*. 1º Edición. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México, 2008.

ALCOVER GARAU, Guillermo. BARREIROS FERNÁNDEZ, Francisco Javier. HERNÁNDEZ LAVADO, Luis. BOLÁS, Alfonso Juan. VÁZQUEZ GARCÍA, Ramón José.

Seminario Organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP y conferencias publicadas en el libro *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Civitas Ediciones. S.L. Madrid España, 2002.

ÁLVAREZ- SALA WALTHER, Juan. *‘El Registro no se limita a publicar sino que asigna titularidades jurídicas erga omnes’ dice Candau*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 32.

ARGUELLO, L. Rodolfo. *Manual de derecho romano*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1976.

ARISTÓNICO GARCÍA SÁNCHEZ, José. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del Siglo XXI. Revista: 16 y 20.

ASPRÓN P. Juan Manuel. *Sucesiones*, 3ª Edición. Edit. Mc Graw-Hill. México, 2002.

ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Edit. Distribuciones Fontamara, S.A. Quinta reimpresión 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoría de los principios*. Filosofía y Derecho. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2011.

BELLOCH JULBE, Juan Alberto. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del Siglo XXI. Número de Revista: 19.

▣BELTRÁN BALDARES, Leonardo A. *Praxis del acuerdo arbitral*. Revista Escriba, Revista del Colegio de Notarios del Estado de México. Año 4, Número 6. Primavera 2001.

▣BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Del cándido europeísmo al turismo documental: Reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán. Diario La Ley, ISSN 1138-9907, N° 7940, 2012.

▣BLÁNQUEZ, A., *Diccionario Manual Latino-Español y Español-Latino*, Editorial Ramón Sopena, S.A., Cuarta Edición, Barcelona, 1984.

▣BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara, S.A. Primera edición. México, 1995.

▣BRUGGER, Walter. *Diccionario de Filosofía*. Editorial Herder. Barcelona. 1978.

▣CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel. CASTRO-GIRONA M., Juan Ignacio. Ponencias presentadas por el Notariado Español. XIV Jornada Notarial Iberoamericana. Punta Cana, República Dominicana. 2 al 6 de junio de 2010.

▣CAPELLÁ, Carlos. *Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 33.

▣CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio. *La función notarial preventiva de litigio*. Revista de Derecho Notarial. Año XLI, Número 115. Julio 2000. México.

▣CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Derecho notarial y derecho registral*. Editorial Porrúa S.A. de C.V. 17ª edición. México, 2005.

▣CASTILLO HUERTA, Luis Oswaldo. Breve Historia del Derecho Notarial. Gaceta Notarial. Perú. 2010.

▣CLAVERO, Bartolomé. *Historia del Derecho: Derecho Común*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1994.

▣CORREA ROJO, Carlos. *Evolución del Notariado en el Distrito Federal 1865-2009*. Grupo Editorial Tomo, S.A de C.V., Primera Edición, México 2009.

DEL CID GÓMEZ, Juan Miquel. *Blanqueo Internacional de capitales: Cómo detectarlo y prevenirlo*. Ed. Deusto. Barcelona, España. 2007.

DEL VECCHIO, Giorgio. Recasens Siches, Luis. *Filosofía del Derecho*. Tomo I. Uteha. 3º Edición. México, 1946.

Diario Oficial de la Unión Europea. Directiva 2008/52 CE.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México, 2005.

D'ORS. *Derecho privado romano*. 6ª edición, Universidad de Navarra. Pamplona, España, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Editorial Planeta-De Agostini, S.A. Barcelona, 1993.

EHRENBURG, Víctor. *Seguridad Jurídica y seguridad del tráfico*. Introducción y traducción de Antonio Pau. Cuadernos de Derecho Registral. Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid, 2003.

ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Segunda edición. Librería de Galván, México 1842.

FERRER BELTRÁN, Jordi y Rodríguez Jorge Luis. *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2011.

FRAGA Gabino. *Derecho Administrativo*. Decima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1934.

GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*. Ed. Difusión Jurídica. Madrid, 2010.

GETTELL, Raymond G. *Historia de las Ideas Políticas*. Editora Nacional. México D.F. 1967.

GIUSEPPE, Carle. *La vida del Derecho*. Editor Daniel Jorro. Madrid. 1912.

■ GOMÁ LANZÓN, Ignacio. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Revista: 21 y 33.

■ GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto. *La función del Notario en la Unión Europea*. Colegio de Notarios de España. Consejo General del Notariado 1999, segunda edición, Madrid España, 1999.

■ GROSSI, Paolo. El novecientos jurídico: un siglo posmoderno. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2011.

■ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Comentarios sobre el Arbitraje y la Conveniencia de su Empleo*. Primera Parte. Revista Escrava. Colegio de Notarios del Estado de México. Año 1, Número 2. Primavera 2008. Pág. 75.

■ HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. 2º Edición. Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 1961.

■ HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. XII reimpresión. México, 1998.

■ HERNÁNDEZ LAVADO, Luis. *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Civitas Ediciones. S.L. Madrid España, 2002.

■ HERRFAHRDT, Heinrich. *Revolución y Ciencia del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1era edición. Madrid. 1932.

■ HIERRO, Liborio. *Estado de Derecho, Problemas actuales*. Biblioteca de Ética, filosofía del Derecho y Política. México D.F. 2001.

■ Instituto Libertad y Democracia. *La guerra de los Notarios*.

■ JELLINEK, George. *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión. México, 2004.

■ KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Editorial Planeta- De Agostini, S.A. España, 1993.

■ *La Función Notarial y La Correduría*, publicado por el Colegio de Notarios del Distrito Federal bajo la coordinación de Víctor Rafael Aguilar Molina, el 29 de diciembre de 1992.

■ *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Civitas Ediciones. S.L. Madrid España, 2002.

LIBIEN KAUI, Franklin. Origen e historia del escribano en el Estado de México. *Escriva*. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México. Número Especial con motivo del Bicentenario de la Independencia y el Centenario de la Revolución. Estado de México MMX.

LIVRE VERT. Commission Européenne. Bruxelles, le 14.12.2010. COM (2010) 747 final. Moins de démarches administratives pour les citoyens: Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*. Pontificia Universidad Javeriana. Segunda edición, Bogotá Colombia, 2002.

LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. *Propiedad Privada del Suelo y Derecho a Edificar*. Editorial Montecorvo, S.A, Madrid 1989.

LORCA NAVARRETE, Antonio M. a; *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*; Editorial Tecnos S.A.; Madrid, España, 1989.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2002.

MAGRIS, Claudio. *Literatura y Derecho Ante la Ley*. Editorial Sexto Piso, Madrid España.

MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe*. Colección Atenea. Editores Mexicanos Unidos, S.A. México. 1985.

MARCOZ, Carlos Alberto. OCKL David. PENE VIDARI, Francesco. Ponencia Italiana presentada en el XXV Congreso Internacional del Notariado celebrado en Madrid, en 2007. *El Notariado: Institución Mundial*. Unión Internacional del Notariado. Consiglio Nazionale del Notariato.

MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio. Presidente del Sector para el Estudio de Integración. UINL. Comisión de Asuntos Americanos. Cartagena de Indias. Octubre 2009. *Informes Doing Business*.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. *Control Notarial de la legalidad*. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters. 1era edición. Pamplona, España, 2010.

■ MARTÍNEZ-GIL VICH, José Luis. *Contenido y límites de la calificación registral*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 14.

■ MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel. *La escritura pública: entre la autonomía de voluntad y la inscripción*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 24.

■ MAYER, J.P. *Trayectoria del Pensamiento Político*. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. 1966.

■ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*. Tomo 1. *Sistema español de Derecho Cautelar*. Editorial Bosch., Casa Editorial S.A. Barcelona. 1989. 1º Edición.

■ MEZQUITA DEL CACHO, José L. *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*. Tomo 2. *Sistema español de Derecho Cautelar*. Editorial Bosch., Casa Editorial S.A. Barcelona. 1989. 1º Edición.

■ MORALES, Francisco de P. *El notariado su evolución y principios rectores*. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., 1ª edición 1994.

■ *Notariado y contratación electrónica*; Colegios Notariales de España. Consejo General de Notariado 2000. Madrid, España. Pág. 207.

■ NÚÑEZ PALOMINO, Germán. *La responsabilidad Civil del notario*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 28.

■ OLLÉ, Joan Carles. *Reforma del sistema de seguridad jurídica preventiva*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 21.

■ ORTOLAN, M. *Historia de la Legislación Romana*. Librería de Don Leocadio López, Editor. Madrid. 1869

■ OTERO Y VALENTÍN, Julio. *Sistema de la Función Notarial*. Artes graficas N. Poncell, Igualada, Barcelona, España, 1933.

■ PANIAGUA HERNÁNDEZ, Hilda Leticia. *La legislación del Estado de México*. Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México. Número Especial con motivo del Bicentenario de la

Independencia y el Centenario de la Revolución. Estado de México MMX.

▣ PASO LUNA, Javier José. *La prevención del blanqueo de capitales en las entidades financieras*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Revista Número 33.

▣ PAZ- ARES, Ignacio. *La intervención notarial en la lucha contra el blanqueo de dinero*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 22.

▣ PELAYO, Asprón. *Sucesiones*. Mc Graw Hill. 2º Edición. México, 2002.

▣ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *El arbitraje internacional en México. En el marco latino americano*. Revista Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México. Año 4, Número 7. Otoño 2001.

▣ PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio; *Historia del Derecho Mexicano*; Editorial: Oxford University Press; México, 2007.

▣ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *Introducción al Derecho Notarial*. Academia Sevillana del Notariado. Ed. Comares S.L. Granada 2006.

▣ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho Notarial*. Editorial Porrúa, XV Edición. México 2007.

▣ PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*. Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores. México, 2009.

▣ RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1era edición. 1933.

▣ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. *La firma electrónica y las Entidades de Certificación*. Editorial Porrúa, primera edición México, 2003.

▣ POTHIER, R.J. *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina, 1824.

▣ RÍOS ELIZONDO, Roberto. *El acto de Gobierno*. Editorial Porrúa. S.A. México. 1975.

▣RÍOS HELLIG, Jorge. *La Práctica del Derecho Notarial*. Séptima edición. Editorial Mc Graw Hill, México, 2007.

▣RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del Siglo XXI. Serie principios notariales.

▣RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, *México ante el arbitraje comercial internacional*, Editorial Porrúa, primera edición, México, 1999.

▣RODRÍGUEZ MARTÍN, Rocío y De Zulueta Sagarra, María. *El blanqueo de capitales en Europa*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 34.

▣RODRÍGUEZ OTERO, Lino. *Cuestiones de derecho inmobiliario*. Ediciones jurídicas DIJUSA, 1ª edición, Madrid abril 2005.

▣ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. México. 1962.

▣ROMAN, G. Antonio, *La tipicidad de los derechos reales*. Monte Corbo. Madrid. 1994.

▣SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. *Los griegos y el Derecho Natural*. Editorial Tecnos. Madrid. 1962.

▣SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. *Desarrollo Urbano y Derecho Ambiental*, Editorial Porrúa, Primera edición, México, 2004.

▣SÁNCHEZ STEWART, Nielson. *El anteproyecto de transposición de la III Directiva sobre Prevención del Blanqueo de Capitales*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 27.

▣SEOANE CACHARRÓN, Jesús. *Órgano principal en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Diario la Ley 7718/2012.

▣SILVA HERZOG, F Jesús, *La dimensión económica del notariado*, Editorial PROA II Structur A, México, 2007.

▣SIMÓ SANTONJA, Vicente L. *El Notariado Español en los Siglos XII y XIV*. Colegios Notariales de España. Madrid, 2007.

▣SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*. Editorial Porrúa. 10º ed. México. 2003.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *La labor configuradora de los notarios*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. El Notario del siglo XXI. Número de Revista: 3.

WEBER, Alfred. *Historia de la Cultura*. Fondo de Cultura Económica. México, 1992.

WENDELL HOLMES, Oliver. *La senda del Derecho*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2012.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. Undécima edición. Edit. Porrúa. México, D.F. 1981.

JURISPRUDENCIA:

DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS. Amparo en revisión 3485/51. Ponente: José Rivera Pérez Campos. Sexta Época. Pleno. Seminario Judicial de la Federación. Tomo LXXXVIII. Primera Parte. Octubre de 1964. Página 12.).

NULLIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS. Tesis de jurisprudencia número 251. Sexta época cuarta parte: Vol. XI, Pág 130. A.D. 2596/57. –Federico Baños. –Unanimidad de 4 votos. Vol. XIX, Pág. 172. A.D. 2663/58. –Donato Antonio Pérez.- 5 votos. Vol. LXVI, Pág. 44. A.D. 1924/60. –Pilar Mancilla Pérez. – Unanimidad de 4 votos. Vol. XC, pág. 46. A.D. 1205/52. –Manuel Ahued.- Unanimidad de 4 votos.

NOTARIO. NO SON SERVIDORES PÚBLICOS. Tesis de jurisprudencia número P./J.75/2005, Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXII, Julio de 2005. Tesis: Página 795. Acción de Inconstitucionalidad 11/2002. Diputados integrantes de la Quincuagésima Sexta Legislatura del Congreso del Estado de Jalisco. 27 de Enero de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Humberto Román Palacios; en su ausencia hizo suyo el asunto Genaro David

Góngora Pimentel. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Laura García Velasco.

PÁGINAS DE INTERNET:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html (Autor: CNUDMI; s/f; fecha de consulta: lunes 01 de marzo de 2010; 10:01 horas.)

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (Última fecha de modificación: febrero 2010, Autor: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; fecha de consulta: 22 de febrero de 2010, 16:10 horas.)

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (2010, Autor: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, fecha de consulta: jueves 18 de febrero de 2010, 12:30 horas.)

http://www.oecd.org/document/25/0,3746,en_36734052_36761863_36952473_1_1_1_1,00.html (The Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD))

http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/cedip/CEDIP_%20memoria_lavado_dinero.pdf

<http://www.elnotario.com/egest/portada.php?idSeccion=45>

www.c-i-a-.com/pr_info.htm

www.amipci.org.mx/estudios/

http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/cedip/CEDIP_%20memoria_lavado_dinero.pdf

LEGISLACIÓN:

México

☒ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

☒ Código Civil Federal. (CCF)

☒ Código de Comercio.

☒ Código Fiscal de la Federación.

☒ Ley Federal de Correduría Pública.

☒ Constitución Política del Estado de México.

☒ Ley del Notariado del Estado de México. (LNEM)

☒ Código Civil del Estado de México. (CCEM)

☒ Código Penal del Estado de México.

☒ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. (CPCEM)

☒ Ley Registral para el Estado de México.

☒ Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Estado de México.

☒ Código Civil para el D.F.

☒ Ley Registral para el D.F.

☒ Ley del Notariado para el Distrito Federal. (LN)

España

☒ Constitución Española.

☒ Ley Notarial

☒ Real Decreto 45/2007 de 19 de enero. (RD)

☒ Reglamento Notarial. (RN)

☒ Ley 19/1993 de 28 de diciembre.

☒ Ley 14/2000 de 29 de diciembre.

- ☒ Ley 24/2001 de 27 de diciembre.
- ☒ Ley 19/2003 de 4 de julio.
- ☒ Ley 24/2005 de 18 de noviembre.
- ☒ Ley 36/2006 de 29 de noviembre.
- ☒ Ley 2/2009 de 31 de marzo.
- ☒ Ley 10/2010 de 28 de abril.
- ☒ Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.
- ☒ Ley de Enjuiciamiento Civil. (LEC)