

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**



TESIS DOCTORAL

SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

PEDRO FRANCISCO GUZMÁN ESCOBAR

QUETZALTENANGO, JULIO DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR:

PEDRO FRANCISCO GUZMÁN ESCOBAR

Previo a conferirse el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

QUETZALTENANGO, JULIO DE 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

AUTORIDADES

RECTOR MAGNÍFICO Dr. Carlos Guillermo Alvarado Cerezo

SECRETARIO GENERAL Dr. Carlos Enrique Camey Rodas

CONSEJO DIRECTIVO

DIRECTORA GENERAL DEL CUNOC M Sc. María del Rosario Paz Cabrera
SECRETARIA ADMINISTRATIVA M Sc. Silvia del Carmen Recinos Cifuentes

REPRESENTANTE DE CATEDRÁTICOS

M Sc. Héctor Obdulio Alvarado Quiroa
Ing. Edelman Cándido Monzón López

REPRESENTANTE DE LOS EGRESADOS DEL CUNOC

Licda. Tatiana Cabrera

REPRESENTANTES DE ESTUDIANTES

Br. Luis Ángel Estrada García
Br. Julia Hernández

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS

M Sc. Percy Iván Aguilar Argueta

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

Examinador: Dr. René Arturo Villegas Lara

Examinador: Dr. Ovidio David Parra Vela

Examinador: Dr. Carlos Abraham Calderón Paz

Asesor de Tesis:

Dr. Nery Roberto Muñoz

NOTA: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y opiniones sustentadas en la presente tesis (Artículo 31 del Reglamento de Exámenes Técnicos y Profesionales del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala
Centro Universitario de Occidente
Departamento de Estudios de Postgrado



ORDEN DE IMPRESIÓN POST-CUNOC-020-2017

El Infrascrito Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, luego de tener a la vista el dictamen correspondiente del asesor y la Certificación del acta No. 176-2017 de fecha 09 de Junio del año dos mil diecisiete, suscrita por los Miembros del Tribunal Examinador designados para realizar Examen Privado de la Tesis Titulada **“Seguridad Jurídica Preventiva”**, presentada por el Doctorando **Pedro Francisco Guzmán Escobar** con número de carné **100015271** previo a conferírsele el título de **Doctor en Derecho**, **autoriza** la impresión de la misma.

Quetzaltenango, 20 de junio de 2017.

IMPRIMASE

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

M. Sc. Percy Iván Aguilar Argueta
Director



cc. Archivo

DR. NERY ROBERTO MUÑOZ

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 15 de junio de 2017

Señores
Consejo Académico de Postgrados
Centro Universitario de Occidente
Universidad de San Carlos de Guatemala
Quetzaltenango

Estimados señores:

Me refiero a la tesis doctoral del Maestro Pedro Francisco Guzmán Escobar, cuyo tema es: **"SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA"**, investigación de la cual fui asesor en cumplimiento de la resolución de ese Consejo No. 078-2013 de fecha 13 de noviembre de 2013.

El Maestro Guzmán Escobar trabajó bajo mi dirección y siempre atendió las observaciones y recomendaciones. La investigación se trabajó en seis capítulos y la tesis resulta siendo un aporte a la ciencia jurídica en un tema importante y de actualidad como lo es la seguridad jurídica, desde la Axiología y su presencia en los cuerpos normativos, también como valor, haciendo énfasis en la seguridad jurídica preventiva como factor de estabilidad, no solo política, sino también social y económica. Parte medular resulta el estudio de sus postulados fundamentales, como lo son los Registros Públicos, Catastro y Documento Notarial. Es un trabajo profundo, bien desarrollado, fundamentado, el lenguaje también fue el apropiado.

Como consecuencia de todo lo anterior se arribó a la conclusión, la cual es coherente con el contenido, la bibliografía consultada suficiente y en cuanto a la forma se cumplió con la misma.

Luego del examen de tesis, se sugirió que el título quedara como se ha apuntado, y se hicieron otras observaciones de forma, que ya fueron debidamente atendidas y aprobadas.

Por lo anterior, en mi opinión el trabajo llena los requisitos de un trabajo científico, los cuales son exigidos por esa alta casa de estudios superiores y como asesor doy mi plena aprobación para que continúe con el trámite respectivo, previo a conferírsele el título de Doctor en Derecho.

Sin otro particular, me suscribo muy atentamente,

Dr. Nery Roberto Muñoz
Asesor





EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

CERTIFICA:

Que ha tenido a la vista el libro de Actas de Exámenes Privados del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente en el que se encuentra el acta No. 176/2017 la que literalmente dice:-----

En la ciudad de Quetzaltenango, siendo las dieciséis horas del día viernes nueve junio del año dos mil diecisiete, reunidos en el salón de sesiones del Departamento de Estudios de Postgrado, el Honorable Tribunal Examinador, integrado por los siguientes profesionales: **Examinador:** Dr. Ovidio Parra; **Examinador:** Dr. René Villegas Lara; **Examinador:** Dr. Carlos Calderón Paz; con objeto de practicar el **Examen Privado** del Doctorado en **Derecho** en el grado académico de **Doctor en Derecho** del M Sc. **Pedro Francisco Guzmán Escobar**, identificado con el número de carné **100015271** procediéndose de la siguiente manera:-----

PRIMERO: El sustentante practicó la evaluación oral correspondiente, de conformidad con el Reglamento respectivo.-----

SEGUNDO: Después de efectuadas las preguntas necesarias, los miembros del tribunal examinador procedieron a la deliberación, habiendo sido el dictamen **FAVORABLE**-----

TERCERO: En consecuencia el sustentante **APRUEBA** con observaciones las cuales son entregadas al estudiante para su incorporación al trabajo de evaluación en coordinación con su asesor cubriendo así todos los requerimientos académicos necesarios previo a otorgarle el título profesional de **DOCTOR EN DERECHO**-----

CUARTO: No habiendo más que hacer constar, se da por finalizada la presente, en el mismo lugar y fecha una hora con treinta minutos después de su inicio, firmando de conformidad, los que en ella intervinieron.-----

Y para los usos legales que al interesado convengan, se extiende, firma y sella la presente **CERTIFICACIÓN** en una hoja membretada del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala a los veinte días del mes de Junio del año dos mil diecisiete.-----

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Certifica:


Yomara Yamileth Rodas De León
 Secretaria de Postgrados

Vo. Bo.


M. Sc. Percy Juan Aguilar Argueta
 Director de Postgrados



DEDICATORIA

A DIOS.

A mi esposa y a mis hijos.

A mi familia.

A mis catedráticos, a mis compañeros de estudios, a mis amigos y a mis alumnos.

A los Doctores: Nery Roberto Muñoz, Leticia Aída Hurtado Fuentes de De León y María Alejandra De León Barrientos de Ovalle.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, al Centro Universitario de Occidente y a su Departamento de Estudios de Postgrado.

ÍNDICE

Introducción	i
--------------	---

CAPÍTULO I

LA AXIOLOGÍA Y SU PRESENCIA EN LOS CUERPOS NORMATIVOS

1.1. Nociones preliminares	1
1.2. Tendencias evolutivas del iusnaturalismo	5
1.3. La Axiología jurídica	11
1.4. La Justicia como valor jurídico	22
1.5. La Seguridad	30

CAPÍTULO II

LA SEGURIDAD COMO VALOR

2.1. Referencias históricas	33
2.2. Acepciones	35
2.3. Diversos planteamientos	37
2.4. Valores y Seguridad jurídica	41
2.5. Condiciones para la Seguridad jurídica	48
2.6. Estimación de la Seguridad jurídica	54

CAPÍTULO III

LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA: SU ESTRUCTURA Y DESARROLLO

3.1. Consideraciones preliminares	61
3.2. Estructura de la Seguridad	63
3.3. El factor notarial	65
3.4. Situación actual del notariado	74
3.5. Sistema de registros	78

3.6. Seguridad registral en Guatemala	80
3.7. Consideraciones sobre los distintos sistemas	84
3.8. Fin del Estado	91

CAPÍTULO IV

LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA COMO FACTOR DE ESTABILIDAD POLÍTICA, SOCIAL Y ECONÓMICA

4.1. Análisis contextual	93
4.2. La Seguridad jurídica en el Estado	97
4.3. Indicadores recientes	100
4.4. Repercusiones del sistema preventivo	101
4.5. Seguridad y propiedad, tenencia de la tierra en Guatemala	104
4.6. Pocos avances para la estabilidad	110
4.7. Eventos críticos	112
4.8. Estrategias de prevención	117
4.9. Necesidad de prevención	119

CAPÍTULO V

LOS POSTULADOS FUNDAMENTALES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA REGISTROS PÚBLICOS, CATASTRO Y DOCUMENTO NOTARIAL

5.1. Seguridad para Aristóteles	123
5.2. Objetivos de la Seguridad jurídica	124
5.3. El postulado registral	126
5.4. Procesos de modernización	139
5.5. El postulado catastral	145
5.6. El postulado notarial	156

CAPÍTULO VI
LOS RETOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

6.1. Razonamientos iniciales	165
6.2. Propósitos inmediatos	167
6.3. Alcances evolutivos	169
6.4. Retos definitivos	172
6.5. Actualización notarial	179
6.6. Actualización catastral	181
6.7. Modernización registral	182
6.8. Reflexión final	183
Conclusión	185
Bibliografía	186

RESUMEN EJECUTIVO

El filósofo austriaco Hans Kelsen, concluyó su célebre obra “Teoría Pura del Derecho”, con estas dos palabras: seguridad jurídica. Tal expresión final, pudo dejar abierto un pórtico para desarrollarla con mayor amplitud.

Esta investigación tuvo como objetivo central analizar el concepto seguridad jurídica, sus implicaciones y beneficios, ubicándose como apartado del concepto de justicia, por proveer orden a la sociedad.

Se aborda la seguridad jurídica desde una óptica filosófica, examinando sus alcances y su aspecto axiológico implícito. Y se incorpora un elemento novedoso: la seguridad jurídica preventiva, su origen, esencia y efectos, proponiendo reconocerla y garantizarla como valor fundamental del Estado, para evitar litigios y las consecuentes pérdidas de tiempo y recursos.

La seguridad jurídica preventiva se plantea describiendo el necesario fortalecimiento de los tres pilares fundamentales sobre los que se edifica: sistema registral, sistema catastral y función notarial, proyectando entonces su modernización y especialización.

Es así como la seguridad jurídica preventiva desborda el plano filosófico y moral, pretendiendo generar confianza al momento de la contratación y el tráfico jurídico, contribuyendo a configurar una sociedad con menos conflictos. Puede afirmarse con propiedad que la seguridad jurídica preventiva debe ser garantizada por parte del Estado en la esfera del derecho privado, por entes idóneos que aseguren certeza y confianza, en un mundo globalizado de negocios jurídicos.

La investigación aspira entonces a trascender lo teórico, retórico o académico, a un escenario donde pueda tener una virtud transformadora de la realidad actual.

Se hace necesario así, plantear el desafío de garantizar la seguridad jurídica preventiva, a través de la plena coordinación entre los sistemas enunciados, los cuales deben verse robustecidos, para que sean capaces de cumplir óptimamente con sus respectivas funciones, y en consecuencia, contribuir a que el Estado garantice a sus habitantes la seguridad jurídica, tal y como constitucionalmente está regulado.

INTRODUCCIÓN

Las crisis mundiales de las últimas décadas han puesto de manifiesto que los sistemas económicos se basan en buena medida, en la seguridad jurídica. La economía indiscutiblemente se ha tambaleado dentro de las grandes potencias, lo que repercute en casi todos los países de menores capacidades. Son claros ejemplos de ello, la crisis hipotecaria de Estados Unidos, el estallido de la llamada burbuja inmobiliaria en España o la falta de certeza registral en la tenencia de la tierra en Guatemala, cuyos rasgos comunes en cuanto a seguridad jurídica, han sido “la inexistencia de una información real, transparente y accesible telemáticamente sobre el territorio; información que debería abarcar desde los aspectos jurídicos hasta los físicos”¹.

La libre competencia es un valor económico de desarrollo, pero necesita de normas, instituciones, estructuras y controles para que se produzca. Así mismo requiere de una Justicia efectiva, a cuyo lado debe existir en materia de conflictos, lo que se ha dado en denominar justicia preventiva, o también, seguridad jurídica preventiva.

Desde el marco legal, la Constitución Política de la República de Guatemala señala en el artículo 2º, que es un deber del Estado, garantizar a los habitantes la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Por antonomasia, la expresión “seguridad” debe comprender también a la seguridad jurídica, lo que resulta incuestionable si dentro de las consecuencias necesarias, se llega también a proponer los componentes de estabilidad y desarrollo.

Al final de cuentas, el fin contemporáneo del Estado es similar en casi todos los países, tal como lo propone el filósofo lituano Emmanuel Levinas: “El Estado tiene como fin el bien común; implica justicia, leyes fundadas en el derecho

¹ Revista: ESCRITURA PÚBLICA. No. 63 (2010). Consejo General del Notariado. España. Página 4.

natural, rectas instituciones, democracia, paz, civilización. La política debe ser controlada y criticada por la ética; ésta orienta a una sociedad mejor; la civilización política y la democracia evitan la tiranía y la barbarie; sólo que el contenido político está siempre por determinarse”². Ese contenido político a determinarse, bien podría estar sustentado con una sólida base de seguridad jurídica, entre otras bases, como las del orden ético, que es considerado como lo más importante para el citado autor y que bien se puede vincular con aquella clase de seguridad.

La seguridad jurídica reviste importancia por sí sola, pero en términos generales se dirige más hacia el campo jurisdiccional, cuando el conflicto ya se ha generado. La propuesta de orientarse hacia un concepto más complementado como lo constituye la seguridad jurídica preventiva, cuenta en su propia enunciación la intención de prevenir y hasta eliminar ese posible conflicto, puesto que por tal, se debe entender un conjunto de procesos y regulaciones que impliquen la determinación, control y minimización de riesgos presentes y la previsión de riesgos futuros dentro de actos jurídicos determinados, especialmente para nuestro caso, en la ordenación, estabilidad y desenvolvimiento del tráfico inmobiliario, en virtud de que los controles registrales y catastrales no alcanzan la eficiencia necesaria, frente a las dificultades de la tenencia de la tierra, entre otras circunstancias a controlar y prevenir, a través de mecanismos tan naturales e indispensables, como los institucionales ya mencionados, a los que se debe agregar la propia profesión notarial, que en todo caso debe intensificar su formación y responsabilidad.

Discutir que la seguridad jurídica es un valor jurídico, es realmente innecesario, pues es así como la ubica García Máynez, al clasificar los valores jurídicos entre fundamentales, consecutivos e instrumentales: “Tienen el rango de *fundamentales*: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Les damos tal

² Hernández, H. R, (2010) GRANDES ÉTICAS DE LA HISTORIA. Editorial Porrúa. 1ª Edición, México. Página 114.

nombre porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino”.³ Evidentemente, ratifica el carácter fundante y esencial de la Seguridad, dentro del elemental orden jurídico, pero importante sería generar una apertura a su esencia, para determinar el rango de posibilidades que puede ofrecer, dentro de las cuales debiéramos hallar la de prevención, y si esa faceta cautelar puede apuntalar aún más su carácter de valor jurídico fundamental.

Habrá que confirmar que la seguridad jurídica no puede aislarse de otros conceptos axiológicos íntimamente ligados a la misma, por su origen y naturaleza, como lo es la propia moral o la ética social, así como la conexión que existe dentro de los denominados sistemas de valores, para comprender que no se puede hablar de seguridad sin atender paralelamente, las exigencias intrínsecas de libertad y de igualdad. Suena interesante creer que la suma de valores vinculados, dispuestos convenientemente en la práctica, puede terminar por resaltar ese carácter de previsión al sistema jurídico.

Desde cualquier perspectiva la seguridad jurídica como tal, no es institución nueva, mientras que en función de ser preventiva, es un capítulo en pleno desarrollo. En Guatemala, poco o nada se ha hecho al respecto de garantizar la seguridad jurídica preventiva, y la situación actual del problema se hace patente en que la legislación vigente no profundiza en la búsqueda de soluciones a circunstancias tan graves como la propia tenencia de la tierra, y por el contrario, el acomodamiento legislativo genera mayor adversidad.

Al determinar el concepto y el valor intrínseco de la seguridad jurídica preventiva, el siguiente escenario deberá pasar por reforzar su idea de valor, debiendo entonces establecer cuáles son los pilares fundamentales sobre los que debe asentarse, y dadas las circunstancias imperantes en nuestro país, especialmente las de falta de certeza jurídica, habrá que identificar que esos

³ García Máynez, E., (2002) TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. 13ª Edición. México. Página 439.

pilares son los registros públicos en general, los registros catastrales en particular y la institución notarial, la cual debe estar revestida de su perfecta expresión material, que debe seguir siendo el documento notarial.

Para alcanzar la seguridad jurídica preventiva, es preciso buscar soluciones para enfrentar los actuales obstáculos, estableciendo un control de legalidad registral, catastral y notarial, como piedras angulares del modelo del libre mercado. Se deben fortalecer los procesos de modernización y se debe seguir potenciando el valor indudable e incuestionable de la escritura pública, frente a la inmatriculación o inscripción registral.

Sobre esa estimación de la escritura pública, no es en vano reiterar una positiva participación notarial dentro de las crisis económicas enunciadas, pero debe ser elevada a una escala mucho más profesionalizada y capacitada, como ocurre por ejemplo en España, donde se le ha conferido a esa intervención profesional un valor incalculable, en materia de certeza e incluso, en cuestión de reducción de costos para el Estado, como se aprecia en esta cita de la revista *Escritura Pública* del Consejo General de Notariado de España: “Ante esta realidad es imprescindible –más si cabe en tiempos de crisis– un entorno que asegure una estabilidad económica del sistema de seguridad jurídica preventiva en beneficio de los ciudadanos. Los notarios españoles son los funcionarios públicos a los que el Estado ha encargado garantizar la seguridad jurídica preventiva de todos. Su peculiaridad es que ejercen como profesionales, sometidos a los vaivenes del mercado, ya que cobran mediante un arancel establecido por el Gobierno, directamente a los usuarios de sus servicios.”⁴

Una solución que se plantea en diversas materias y no escapa a la nuestra, es la necesidad de aumentar la transparencia, puesto que los problemas persistirán en la medida que los registros y catastros sigan actuando sobre bases

⁴ Revista: ESCRITURA PÚBLICA. No. 63. (2010). Consejo... Op. Cit. Página 5.

no coordinadas, debe darse un amplio proceso de conexión y coherencia entre las distintas entidades, con criterios unificados y con garantías notariales, como señales inequívocas del valor de la seguridad jurídica preventiva.

La intensidad de los cambios que todo esto pueda generar, debe ser provista de un necesario orden legal, a partir de nuevas normativas que promuevan un entorno que asegure la estabilidad económica, reforzada en un sistema de seguridad jurídica preventiva en beneficio colectivo y entendida finalmente como valor necesario, no para resolver conflictos, sino para organizar la vida social y económica de tal forma que los conflictos no se produzcan.

A todo lo propuesto, es necesario ligarle el factor ético, partiendo desde los funcionarios hasta las instituciones y bases normativas que deben estar organizadas e interrelacionadas, dentro de lo que se pretende esbozar como un escalonado proceso de desarrollo de la seguridad jurídica preventiva.

Esas necesarias relaciones, se pueden apreciar en la comprensión individual y social que de la ética, refiere el autor Juan Manuel Terán al analizar el derecho y su valoración, bajo la siguiente perspectiva: “La *Ética* en general determina qué es lo bueno para toda persona, en tanto que la *Ética, en su sentido político, conoce qué es lo bueno para determinado grupo social*. Lo anterior no quiere decir que una y otra estén separadas, sino por el contrario, que *una es fundamento de la otra...* De suerte que así como los fundamentos lógicos del derecho son de gran importancia, igualmente interesan los de carácter ético.”⁵

Parece ineludible entonces, componer la concepción ética para este caso, sobre la base de sus diversos aspectos estructurales: de ética profesional, administrativa, operativa y funcional, puesto que los procesos técnicos, jurídicos y administrativos pueden llegar a alcanzar una eficacia notable, pero de nada servirá

⁵ Terán, J.M. (1977) FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. 7ª Edición. México. Página 182.

hacer grandes inversiones en infraestructura, regulación, organización o capacitaciones, por ejemplo, si al final no se toma en cuenta que todo queda en manos de los hombres, quienes por su naturaleza mantendrán la ambivalencia de decidir cómo hacer uso de esas herramientas de modernidad, de las cuales bien pueden sacar provecho oprobioso, o por el contrario, poner en juego -de nuevo- los valores fundamentales que siempre deben estar asentados de una ética de responsabilidad, compromiso y cumplimiento.

El propósito fundamental persiste y se justifica en establecer que la seguridad jurídica preventiva es un valor indispensable dentro de un sistema moderno de derecho, como factor de garantía, control y protección. Esto servirá para que la propia seguridad jurídica preventiva termine por constituir un principio esencial dentro de la organización política y jurídica del Estado, que provea certeza y estabilidad en aspectos fundamentales de armonización adecuada a sus fines contemporáneos.

Para definir los lineamientos primordiales, en el primer capítulo de esta investigación se desarrolla la noción de Axiología y su presencia en los cuerpos normativos, las tendencias evolutivas del iusnaturalismo, estableciendo algunas líneas paralelas con Seguridad y Justicia, esbozando su carácter de valores fundamentales.

En el segundo capítulo se procede a ampliar el concepto de Seguridad como valor, partiendo de algunas referencias históricas, pasando por sus acepciones y planteamientos, determinando valores, las condiciones y la estimación de la propia Seguridad Jurídica.

Al llegar al capítulo tercero se procedió a analizar el tema medular, es decir, La Seguridad Jurídica Preventiva, recorriendo su estructura dentro de nuestro medio y el desarrollo alcanzado, se establecen los basamentos de la seguridad registral en Guatemala y las consideraciones sobre los distintos sistemas,

concluyendo con el tema de la seguridad y certeza jurídicas como un fin primordial del Estado.

El capítulo cuarto aborda la Seguridad Jurídica Preventiva, formulándola como un factor de estabilidad política, social y económica, a través de sus indicadores y avances, así como una crónica sobre eventos críticos relevantes, generados por la falta de seguridad, esbozando algunas estrategias de prevención, de manera que en el capítulo quinto se llegan a establecer e individualizar sus postulados fundamentales, que son los Registros Públicos, el Catastro y el Documento Notarial, no sin antes comentar algunas percepciones filosóficas que sustentan tales postulados.

La investigación concluye con el capítulo sexto, en el cual se plantean a manera de propuesta general, los retos de la Seguridad Jurídica Preventiva, confirmando su carácter de valor fundamental, dentro de una sociedad que demanda su presencia, en términos de actualización y modernización, acudiendo a una sucinta reflexión final, que expresa las medidas necesarias para lo que debe ser su concreción y realización en Guatemala.

Al definir el previo Diseño de Investigación, se planteó como problema a resolver el siguiente: ¿Puede la seguridad jurídica preventiva constituir una base indispensable de estabilidad en el sistema económico, social y político de nuestro país? De igual manera, se planteó la hipótesis o respuesta hipotética al problema a investigar, de la siguiente manera: “La seguridad jurídica preventiva constituye una condición indispensable de estabilidad en los sistemas económico, social y político de nuestro país, para ello debe conceptualizarse y definirse como un valor fundamental al que no se le ha asignado la debida importancia, hasta el extremo de desconocerse o ignorarse. El Estado debe garantizar la seguridad jurídica preventiva como derecho y valor emanado del propio orden constitucional, para promover la realización de la certeza jurídica”. En el curso de esta investigación, se puede estimar que dicha hipótesis ha sido comprobada.

CAPÍTULO I

LA AXIOLOGÍA Y SU PRESENCIA EN LOS CUERPOS NORMATIVOS

1.1. NOCIONES PRELIMINARES

En la profundización del estudio del Derecho como ciencia, resulta una tarea ineludible, la de intentar desentrañar las más variadas posturas y corrientes filosóficas que a lo largo de los tiempos, han tratado de sustentar o al menos de describir, sus diversas instituciones.

Los conceptos de derecho, justicia, libertad, igualdad y la propia seguridad, deben entenderse bajo los propios planteamientos de este trabajo, para conducirlos hacia su propuesta fundamental. Tales conceptos se analizan desde sus perspectivas remotas.

Desde el planteamiento de Cicerón (106-43 a.C.) en su interés por definir el Derecho, ya se asume cierta relación de esta ciencia con la filosofía: “aquí es preciso, entonces, plantear el fin del derecho civil: tal es, en los diversos casos que enfrentan a los ciudadanos, observar fielmente la equidad, según las leyes y los usos y costumbres”⁶. Como bien enuncia Chazal, en esta definición no hay contradicción entre organizar el derecho como ciencia y considerar que su finalidad es la búsqueda de lo justo, de lo equitativo.

Así mismo, el jurisconsulto romano Domicio Ulpiano (170-228) en uno de sus continuos elogios a los juristas de su época, definió la jurisprudencia como “el

⁶ Chazal, J.P. (2000). FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO O LA ILUSIÓN CIENTÍFICA. Comunicación al seminario del CERCRID, de fecha del 9 de junio de 2000, titulado: Las relaciones entre dogmática jurídica, doctrina y teoría del derecho. Francia. Recuperado de: [http:// master. sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences-po.fr.droit/files/users/aude.epstein/Filosof%C3%ADa%20del%20derecho%20y%20teor%C3%ADa%20del%20derecho.pdf](http://master.sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences-po.fr.droit/files/users/aude.epstein/Filosof%C3%ADa%20del%20derecho%20y%20teor%C3%ADa%20del%20derecho.pdf). Ubicado en: Enero de 2014. Página 4.

conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y lo injusto”⁷. La conocida idea de justicia de Ulpiano se contextualiza en el pensamiento del derecho que se tenía en Roma en su época, ya que durante mucho tiempo, el derecho estuvo fusionado a la religión. Sin embargo, ello no quiere decir que se confundió lo uno con lo otro.

Los romanos denominaban “Fas” al derecho sagrado, asignándole a su ámbito la llamada “lex divina”, pero también estaba el “Jus” o norma, producto exclusivo de la actividad humana, teniendo como instrumento a la “Lex humana”. Con el tiempo la diferenciación se olvidó y fue utilizada la denominación “Jus” para hacer referencia al Derecho.

Por influencia de la filosofía griega, en el siglo VII, se adiciona a la idea de un *Jus* (entendido hasta ese momento como el conjunto de normas legisladas por la autoridad, con obligatoriedad para todos los ciudadanos), el de un conjunto de normas jurídicas que constituyen un derecho innato, que es independiente y anterior a la Lex Humana. Los grandes filósofos griegos como Sócrates, Platón y Aristóteles, nos conducen al llamado Derecho Natural, como un orden sistemático de ideas, basadas en la propia naturaleza humana y en una serie de consideraciones sobre la misma, para determinar las principales reglas a observarse dentro de la conducta humana, y no necesariamente sobre la voluntad de un legislador.

En esta fusión de ideas, se diferenció cuidadosamente el derecho de la moral, en tanto que el jurisprudente no puede tener acceso a todo lo bueno dentro del campo de la norma que conforma el derecho, puesto que hay contenidos morales que escapan a su percepción, como por ejemplo, los deberes que el ser humano tiene para consigo mismo.

⁷ Mackeldey, F. (1844) ELEMENTOS DEL DERECHO ROMANO QUE CONTIENEN LA TEORÍA DE LA INSTITUTA / PRECEDIDA DE UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL MISMO DERECHO. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica. Madrid, España. Página 74.

Pero, debido a que la tarea del jurisprudente es discernir entre lo que es justo y lícito, y lo que es injusto e ilícito, Ulpiano⁸ nos hace percibir tal estado de las cosas, sobre sus tres bases fundamentales del derecho: "...vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada quien lo suyo". Ulpiano concluye uno de sus fragmentos indicando que esta labor constituye "la verdadera filosofía"⁹.

Por su parte, Kant, sin alejarse de sus predecesores, sigue buscando entre la universalidad del criterio de lo justo e injusto, la respuesta a la pregunta ¿qué es el Derecho o la Solución Jurídica?, respuesta que según Kant, corresponde a los juristas resolver en las leyes promulgadas, y a los filósofos criticar tales leyes en nombre de la razón. En tanto, es a Kant a quien se le atribuye la distinción entre regla moral y regla jurídica, postura que influyó decisivamente en los principales exponentes del pensamiento francés del siglo XIX, tales como Demolombe (1845) y De Ferrière (1740)¹⁰.

Por otra parte, es de considerar que hasta antes del positivismo legalista, la filosofía forma parte de la esencia de la materia jurídica, constituyéndose en inherente a ella. Pero en la segunda mitad del siglo XIX, la particular Filosofía del Derecho desaparece de la mayor parte de los estudios jurídicos. Su destierro obedece a la influencia del positivismo, pero también a la del materialismo y la del evolucionismo¹¹. Es por obra principalmente del positivismo, que el Derecho se reduce estrictamente a una Ciencia de Leyes. Es decir, deja de ser un arte entre lo "justo" y lo "injusto" para convertirse en un conjunto de normas coercitivas; un cúmulo de leyes que se apreciaban bajo la misma óptica que las leyes de la naturaleza, desligadas de la conciencia colectiva.

⁸ Chazal, J.P. (2000). FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO O LA ILUSIÓN... Op. Cit. Página 5.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Recaséns, L. (2010). TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. 20ª Edición. México. Página 10.

Sin embargo, y dado que los valores de “justo” e “injusto” no pueden ser resueltos bajo las estrictas normas del estudio experimental, su estudio queda relegado a la metafísica. Así, por ejemplo, se justifica la perspectiva de Rorty en su análisis racional sobre los Derechos Humanos, quien alude que la solución teórica del problema de la crueldad, la injusticia y otros dilemas morales, pertenece al área de la teología o la metafísica¹².

Enunciada bajo el dogma de la neutralidad axiológica del derecho¹³, la nueva y verdadera ciencia jurídica, se pretendía erigir sustentada en el modelo de las ciencias estrictamente positivistas, incluso como las ciencias de la naturaleza o las matemáticas.

Pero la coyuntura histórica que abarcó desde finales del siglo XIX, hasta mediados del siglo XX, coadyuvó a que los científicos del Derecho y los juristas prácticos impulsaran el renacimiento de la Filosofía del Derecho, al reconocer las dos grandes limitaciones de la cual adolece la Ciencia Jurídica, a saber: el hecho de que ésta no pueda explicar por sí misma ni los supuestos básicos sobre los cuales se asienta, ni las ideas de valor que dan sentido al Derecho.

Los juristas lograron advertir que la Ciencia Jurídica no es por sí sola capaz de explicar los cimientos que están más acá de ella, ni tampoco las ideas que están más allá de ella, y que son las que le dan sentido. La conciencia sobre estas carencias, impulsó de nueva cuenta la reflexión filosófica sobre el Derecho, dando origen a dos problemas capitales de la Filosofía Jurídica: La fundación de la teoría general o fundamental del Derecho, para aclarar los conceptos básicos que sustentan a toda realidad y ciencia jurídica, y el restablecimiento de la problemática estimativa o axiológica del Derecho¹⁴ bajo la premisa de que no se puede comprender o describir el derecho sin realizar paralelamente una

¹² Pérez Luño, A. (2007). TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial TÉBAR. 5ª Edición. Madrid, España. Página 20.

¹³ Chazal, J.P. (2000). FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO O LA ILUSIÓN... Op. Cit. Página 11.

¹⁴ Recaséns, L. (2010). TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO... Op. Cit. Página 20.

evaluación moral y que, por tanto, las normas positivas dictadas solo son Derecho en la medida que se conforman al derecho natural y no lo contradicen. Debe entenderse aquí al Derecho Natural, como el conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales que forman parte de la verdadera naturaleza humana. Dentro de estos principios resaltan: el derecho a la vida a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos; a no ser excluido por razones de raza, género o religión; a no ser coaccionado sin un debido proceso legal y otras similares.

Las teorías más destacadas en su intento por rescatar algo del iusnaturalismo son: el neokantismo y el neohegelismo o neoidealismo, secundadas por la fenomenología y el existencialismo.

1.2. TENDENCIAS EVOLUTIVAS DEL IUSNATURALISMO

Dentro de la evolución de la filosofía del derecho y luego de su destierro comentado, adoptando las ideas concretas que sobre este tema ha propuesto Pérez Luño, vale considerar que pese a la postura, aparentemente unívoca y defensiva del Derecho natural, durante el siglo XX se manifestaron dos grandes tendencias del iusnaturalismo:

1. El Iusnaturalismo ontológico, dogmático o radical, que ha postulado un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del cual se pueden derivar valores y principios materiales universalmente válidos para cualquier derecho¹⁵. Algunos exponentes de esta postura son: Ambrosetti, Charmont, Corts Grau, Luño Peña, Maritain, Messner, entre otros.

¹⁵ Pérez Luño, A. (2007). TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA... Op. Cit. Página 33.

2. El iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado, que no niega la juridicidad del derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su desvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica. Hace consideración, no solo del derecho existente, sino de las pautas axiológicas que deben informarlo¹⁶.

Es de resaltar también dentro de este marco evolutivo, el iusnaturalismo moderado de Dworkin, quien plantea la incursión de la ética dentro del ordenamiento jurídico, pero ofrece marcos explicativos contextualizados para dar cuenta del derecho en un ámbito jurídico determinado. En su pensamiento, los principios son considerados de forma privilegiada, de manera que concibe que todo ordenamiento jurídico se halle integrado por un conjunto de principios, medidas o programas políticos y reglas o normas específicas. Su denominación de principios manifiesta una fuerte connotación con la justicia y la imparcialidad. Este tipo de teorías que se reconocen como interpretativas, exigen la vinculación del derecho a valores morales en aquellas culturas jurídicas inspiradas en esa exigencia, no negando la condición de derecho a los sistemas políticos manifiestamente inmorales, que respondan a otras culturas jurídicas.

La época contemporánea o moderna, se caracteriza por el despunte de teorías iusnaturalistas que superan la concepción tradicional del derecho natural, el cual estuvo siempre vinculado a la divinidad, por un enfoque estrictamente racional, desanexado teológicamente, así como la asunción de una perspectiva subjetiva al Derecho Natural, que reconoce en los individuos la titularidad de derechos inalienables. Esta nueva tendencia surge con fuerza, pero igualmente con multitud de teorías diversas; de ellas, algunas mantienen una fundamentación objetivista de los derechos humanos, en tanto que afirman la existencia de un orden de valores o principios con validez objetiva y universal, independiente de los individuos. Mientras que otras, las subjetivistas, sitúan a la autonomía humana como fuente de todos los valores; basan los derechos humanos en la

¹⁶ Ibid.

autoconciencia racional de la dignidad, libertad e igualdad humanas. Finalmente las llamadas tesis intersubjetivas, que surgen de un intento de síntesis entre las dos tendencias mencionadas, y que consideran los derechos humanos como valores radicados en necesidades comunes y, por lo tanto, intrínsecamente comunicables. Es preciso comentar, lo notable que ha resultado el impulso a la materia de los derechos humanos, que por momentos parece ser más mediático que conceptual, para encontrar su fundamento en las teorías iusnaturalistas, pero tampoco se puede negar su estricta conexión.

Paralelamente a la disensión del iusnaturalismo en la época contemporánea, el enfoque de pensamiento filosófico positivista del derecho también postula concepciones con algunas variantes. Son dos las tendencias más representativas: La Teoría Pura y el neopositivismo contemporáneo¹⁷. Entre estas, es evidente que el exponente más importante del racionalismo jurídico es Hans Kelsen (1881-1973), quien promueve una teoría general del derecho exenta de lo que él denominaba “contaminaciones ideológicas” (entre éstas la psicología, la sociología y la ética). Defiende la postura que la ciencia del Derecho es estrictamente normativa y no una ciencia de la naturaleza.

Sus planteamientos vinculan al Derecho, no con la conducta humana en sí misma, sino con el orden normativo que regula dicha conducta. Aduce que el único objetivo de la ciencia del Derecho es el mismo derecho positivo. Los demás, son únicamente elementos extraños al mismo. De esta manera, Kelsen reduciría la teoría del derecho a la lógica formal pura, de ahí su nombre. Bajo esta postura, al jurista solo le concierne “la aplicación lógica de los efectos jurídicos previstos en la norma”¹⁸.

¹⁷ Pérez Luño. A. (2009). TEORÍA DEL DERECHO. UNA CONCEPCIÓN DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA. Editorial TECNOS (Grupo Anaya S.A). 8ª Edición. Madrid, España. Página 84.

¹⁸ Ibid.

En palabras de Kelsen: *“Si bien la ciencia del derecho tiene como objeto normas jurídicas y, por ende los valores jurídicos que éstas constituyen, los enunciados jurídicos que formulan son, como las leyes naturales de las ciencias naturales, una descripción axiológicamente adífora de su objeto... En la medida que la ciencia del derecho tiene, en general, que responder a la pregunta de si un comportamiento concreto es lícito o ilícito, la respuesta solo puede consistir en una declaración con respecto a si esa conducta se encuentra ordenada o prohibida, facultada o no, permitida o no, en el orden jurídico que ha de describirse, con prescindencia de si quien formula la declaración considera esa conducta moralmente buena o mala, la aprueba o la desaprueba*¹⁹.

La respuesta a lo lícito o lo ilícito según esa descripción, prescinde del valor subjetivo de quien formula la declaración. Más bien, éste ha de circunscribirse a la norma establecida independientemente de considerar si la conducta es buena o mala, o si la desaprueba o no.

No cabe duda que Kelsen aportó una gran objetividad a la teoría del Derecho; sin embargo se aleja mucho de áreas también relevantes dentro de la jurisprudencia, como el sistema de valores, la realidad social y la cultura, reduciendo el Derecho solamente a estrictos formalismos.

En esencia, aún en las eras de la modernidad y la denominada “postmodernidad”, existen discrepancias en torno al Derecho y su objeto de estudio, prolongando la polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Pero el rumbo que la controversia ha adquirido, debido a la asunción de doctrinas que reflejan los ámbitos económicos, políticos y sociales, parecen agudizar el declinar de valores que aún se propugnaban en la modernidad, tales como la igualdad, la fraternidad y la libertad. Hasta el mismo Estado de Derecho se ve seriamente amenazado en la actualidad, ante el duro debate planteado por el positivismo.

¹⁹ Kelsen, H. (2007). TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editorial PORRÚA. 15ª Edición, México. Página 94.

Así caracteriza Pérez Luño la situación del Derecho en la llamada postmodernidad, la cual: *“constituye un marco convencional de referencia a la irrupción de un conjunto de signos que entrañan una ruptura respecto a los valores culturales de la modernidad. En el ámbito jurídico, moral y político, se repitieron con asiduidad las tesis de quienes propugnaban abolir los grandes valores ilustrados: racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideran caducos, y pretendieron reemplazarlos por una exaltación (...) de la diferencia, la diseminación, la deconstrucción, así como la vuelta a un nacionalismo tribal y excluyente. Las normas jurídicas generales y abstractas, corolario de éticas universales, fueron cuestionadas en nombre de las preferencias particularistas fragmentarias, la propia legitimación ética del derecho y de la política basada en principios consensuales universalizables se llegó a considerar un ideal vacío y sospechoso de encubrir uniformismos totalitarios”*²⁰.

Los conceptos, las categorías más relevantes de la ciencia y la teoría del derecho que hoy se conocen, surgieron en la época de la modernidad como una respuesta jurídica a las demandas éticas y los problemas políticos de aquella coyuntura histórica. Hoy, la realidad es distinta. Las exigencias varían como resultado directo de las transformaciones sociales, económicas y culturales acaecidas, así como de la revolución científica y tecnológica, pero nada de esto debería significar un alejamiento de los círculos éticos y morales, de los valores.

Las tendencias sociales se han diversificado y operan movimientos de reivindicación y de una visión distinta de la vida, de las relaciones sociales, de la economía y del ambiente.

Por ello, el enfoque de estudio y análisis de esa realidad, tiene que adecuarse a las nuevas exigencias de su objeto. De ahí, que el estudio

²⁰ Pérez Luño, A. (2007). TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA... Op. Cit. Página 18.

concienzudo del derecho encerrado en sí mismo, o minimizado a sus principios formalistas, desligado de principios éticos (tanto los fundantes universales como los particulares inherentes a formas de vida específicas), no solamente sería incapaz de explicar de forma satisfactoria la función de los sistemas normativos y de los juristas en la experiencia política, científica y cultural del presente, sino que se presentaría incluso como carente de significado. Parece poco discutible entonces, la necesaria incursión del factor ético.

El contexto cultural en el que nos desenvolvemos, es determinante en el estudio del derecho, enunciando la relatividad de los marcos categoriales y los esquemas mentales, los cuales no son universales, pues suele suceder que se da por sentado que lo que sucede en la historia occidental es la única historia válida.

Cuando se habla de conceptos como Estado o Derecho, se parte de la premisa de que su relación solo puede enmarcarse en los procesos históricos desarrollados en el interior del mundo Occidental, mientras que estas instituciones jurídicas pueden tener significancia distinta en otros contextos culturales²¹.

Compete pues, a la Filosofía del Derecho, seguir indagando sobre los orígenes del derecho mismo, en búsqueda del concepto más oportuno, así como también en lo relativo a sus valores. Es en este último ámbito en donde se requiere de la Axiología Jurídica, dedicada a tratar los fines valorativos del derecho, encontrarlos, analizarlos, calificarlos y hasta jerarquizarlos, pero también promover los canales adecuados para trasladarlos a la práctica.

²¹ Wolker; A. C. (2006). PLURALISMO JURÍDICO. FUNDAMENTOS DE UNA NUEVA CULTURA DEL DERECHO. Editorial MAD. S.L. Madrid, España. Página 33.

1.3. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA

Como recién se ha planteado, la Axiología se constituye en una rama de la filosofía que se encarga del estudio de los valores. Etimológicamente, el término deriva del griego *axios*, 'lo que es valioso o estimable', y *logos*, 'ciencia', es decir, teoría del valor o de lo que se considera valioso.

En términos generales, hablar de valor implica diversas acepciones, que resultan en algunos momentos difusas, principalmente cuando se pretende ajustarlas a la Teoría del Derecho²².

Diversos sistemas alrededor del mundo y en distintas épocas, han creado distintas interpretaciones de los valores. Como enuncia Vilanova "no hay una doctrina de los valores que sea aceptada en forma general", más aún, en el campo de la filosofía y la axiología como rama del estudio de los valores en general, resulta difícil aterrizar en una concepción realmente unificada, principalmente porque se mantenía la polémica en la distinción entre el "Ser" del "valer", así como entre los valores y los bienes, marcando así dos corrientes principales y encontradas: El objetivismo frente al subjetivismo, que hoy más que nunca parecen estar en una confrontación globalizada. La divergencia ocurre porque se da prioridad al que valora (el Ser) porque aprecia las cosas, o el valor como cualidad, porque los objetos son depositarios de un valor²³.

Se reconocen también, una concepción naturalista y una sociologista de los valores. La concepción naturalista, considerada una de las más antiguas de la historia, tuvo en Demócrito (460-370 a.C.) un exponente, quien plantea que los

²² El término "valor" deviene del verbo latino "*valeo*" que se enuncia *Valeo-es-ui (iturus)*, ere. Significa en su primera acepción estar sano, bueno o fuerte. Su segundo significado, establece que valor se refiere a tener autoridad, poder, influencia, crédito, ventaja, ser superior, poder más o ser capaz. Otra acepción del término es el que le relaciona con valer, tener eficacia o virtud para algo.

²³ Vilanova, J. (1984). ELEMENTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial ABELEDO-PERROT, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina. Página 242.

valores son consecuencia de las leyes naturales. La delimitación entre lo natural (o valioso) y lo antinatural (o anti valioso) es posible debido a una capacidad humana, que igualmente es natural: la de sentir deleite. El deleite, pues, es ocasionado por lo natural valioso y el sufrimiento por lo antinatural-anti valioso²⁴.

Los sociólogos axiológicos asumen que algo será valioso si la sociedad lo aprueba como tal, y por tanto son objetivos. Bouglé, señala sobre los valores: “Son objetivos por ser imperativos, e imperativos por ser colectivos”²⁵. Representantes de esta postura son: Durkheim (1858-1917), y el propio Celestin Bouglé (1857-1940). No estará de más recordar que la apreciación de los valores diverge severamente entre las culturas occidentales y las orientales.

Por su parte, la línea subjetivista ubica la fuente de los valores en el sujeto mismo. Argumenta que las cosas no pueden ser valiosas por sí mismas, ni tampoco los valores, sino que todos estos son creados o inventados por las personas, en sus sentimientos, gustos, aspiraciones, deseos o intereses, es decir que valioso, es lo que los seres humanos consideran como tal, por tanto el subjetivismo, traspone el valor del objeto al sujeto, y lo hace depender del modo como es afectado por la presencia del objeto. Un fuerte representante de esta corriente es el filósofo austriaco Alexius Meinong (1853-1920), afirmando que una cosa tiene valor en función del placer que nos ocasiona. En la medida que nos agrada, así será el valor de un objeto.

Mientras que otro filósofo austriaco, Christian Von Ehrenfels (1859-1932) se concentra en el deseo²⁶, argumenta que también consideramos valiosas las cosas que no existen, como la justicia perfecta, la democracia plena o la felicidad total,

²⁴ Fabelo, J. R. (2004) LOS VALORES Y SUS DESAFÍOS ACTUALES. Colección insumos lingüísticos. Libros Ted. Recuperado de: <http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=GeokCQ5oRXYC&oi=fnd&pg=PA8&dq=subjetivismo+y+objetivismo+axiol%C3%B3gico&ots=qvSIFu9G1A&sig=8j30XHTJtsD7jIYc4hPH8MCMC-8#v=onepage&q=subjetivismo%20y%20objetivismo%20axiol%C3%B3gico&f=true>. Ubicado en: Diciembre de 2013.

²⁵ Citado por Fabelo, J. R. (2004) LOS VALORES Y SUS DESAFÍOS ACTUALES... Op. Cit.

²⁶ Ibid.

por lo que valiosas son las cosas que se apetecen y desean, y porque son anheladas, resultan ser valiosas.

Los objetivistas axiológicos, sustentados en el sistema kantiano, se caracterizan porque defienden la idea de que los valores son una especie de “principios a priori” que poseen la fuerza de una ley objetiva, aunque no sean alcanzables por la racionalidad científica²⁷. Para los defensores de esta corriente, valorar consiste en descubrir valores. Las tesis fundamentales del objetivismo pueden sintetizarse de la siguiente manera: separación radical entre valor y bien, y entre valor y existencia humana.

El máximo exponente de la corriente objetivista es el alemán Max Scheler (1874-1928), con su ética material de los valores²⁸, cuya premisa principal sería: nosotros apreciamos los valores porque los valores valen. El subjetivismo plantea que los valores valen porque nosotros los apreciamos. Es menester señalar que la teoría axiológica de Scheler influyó notablemente en campos como la Pedagogía, la Estética y el Derecho. La idea central de Scheler, tan simple como contundente, es: “el eje de nuestra vida son los valores humanos”.²⁹ Cuánta necesidad trascendente podríamos descubrir en ese enunciado que pudiera equivaler al contenido de un imperativo categórico.

Precisamente, dentro del ámbito del Derecho, es la Axiología Jurídica la que se constituye en un fragmento importante del ordenamiento jurídico. Como rama de la filosofía del Derecho tiene como objeto de estudio el problema de los valores jurídicos en forma general y sobre la justicia en particular. Procura descubrir los valores en los cuales se debe inspirar el Orden Jurídico Positivo, dilucidando un modelo que primara la Teoría de la Justicia, por lo que también se le suele llamar Teoría del Derecho Justo.

²⁷ Ibid.

²⁸ Rodríguez Duplá, L. (2006). ÉTICA. Biblioteca de Autores Cristianos. Reimpresión. Madrid, España. Página 140.

²⁹ Hernández, H.R. (2010). GRANDES ÉTICAS DE LA HISTORIA. Op. Cit. Página 194.

Otero Parga³⁰ la define como “la ciencia que se encarga del estudio y análisis de los problemas sociales de valoración jurídica”. Tiene en cuenta que valores se constituyen en el adecuado modelo de derecho y que serán los que primen al momento de elaborar o aplicar el derecho. De esta cuenta, es que la Filosofía del Derecho no se circunscribe a la búsqueda del concepto más adecuado de Derecho, sino que, al comprender la Axiología Jurídica, trata los fines valorativos del derecho, pretendiendo encontrarlos y analizarlos, para calificarlos y jerarquizarlos.

Vale aclarar, no obstante, que dentro de la misma discusión de la filosofía del derecho se ha desatado una milenaria discusión entre quienes comprenden la relación del Derecho con la de un cuerpo moral, considerando que toda norma jurídica debe constituirse a partir de un contenido moral o de que las normas jurídicas antes que serlo fueron normas morales; y de los que aseveran que no existe ninguna relación entre Derecho y moral³¹.

Kelsen reconoce que existen otras normas sociales que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, mismas que se conocen bajo la denominación de “moral”, cuya disciplina orientada a su conocimiento y descripción es la “ética” y en tanto que la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho se comprende solo entre la relación justicia y derecho. Es decir, para Kelsen, el hecho de que tanto el derecho como la moral sean normas, no significa que éstas se confundan. Por ejemplo, pensar que por su naturaleza el derecho es moral es un error, pues no siempre las conductas que las normas jurídicas prohíben o demandan, también son cuestionadas o exigidas por

³⁰ Otero Parga, M. (2000). VALORES CONSTITUCIONALES. INTRODUCCIÓN AL A FILOSOFÍA DEL DERECHO. AXIOLOGÍA JURÍDICA. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico. Universidad de Santiago de Compostela. Recuperado de: http://books.google.com.gt/books?hl=es&lr=&id=RvDsDjaGdhAC&oi=fnd&pg=PA9&dq=axiolog%C3%ADa+jur%C3%ADdica&ots=jJRXNfqhjf&sig=iRiqo4HBPUMUYR6bsytATW_KtS0#v=onepage&q=axiolog%C3%ADa%20jur%C3%ADdica&f=true. Ubicado en: 10 de Enero, 2014. Página 15.

³¹ González Dubón, A. (2006). EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDIENCIA AL DERECHO. CRÍTICA SOBRE ALGUNAS PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Estudios de Posgrados. Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 1 y siguientes.

las normas morales; o también, el pensar que cuando un acto es prohibido por la moral y exigido por un ordenamiento jurídico social, o exigido por la moral y prohibido por el orden social, entonces “no se constituye en derecho porque no es justo”³², resulta en un peligro para el orden jurídico positivo.

Bajo esta perspectiva se rechaza la idea de una moral absoluta. La concepción de lo que es justo o injusto varía contextual y temporalmente, como se ha dicho, entre lugares, estamentos, grupos sociales, y otros, por lo tanto no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los diferentes órdenes morales. El valor es concebido como un “bien” y este “bien” es considerado como “lo debido”, es decir correspondiente a norma, y si se define el derecho como norma, estipula Kelsen, ello implicaría que todo lo que esté conforme al derecho es bueno. Y aunque las normas del derecho, constituyen valores porque son prescripciones de deber, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, son una descripción axiológicamente neutral de su objeto³³.

Desde la perspectiva del Derecho que reconoce la presencia de los valores o un mínimo de moral en el sistema jurídico (reconocida como la Teoría del mínimo ético), la moral se cumple de manera espontánea, pero en virtud de que las violaciones son inevitables, es necesario aplicar sanciones con más rigor a las transgresiones de los dispositivos que la comunidad considera necesarias para la paz³⁴. De esta manera, el Derecho no se presentaría como algo ajeno a la moral, sino que como una parte de ésta, protegida por garantías específicas en constante procura de la paz social.

³² Kelsen, H. (2007). TEORÍA PURA DEL DERECHO. Op. Cit. Página 76.

³³ Ibid. Página 81.

³⁴ Reale, M. (1977). INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Ediciones PIRAMIDE. Madrid, España. Página 51.

El Derecho se constituye así en una parte de la moral. Una precursora de esta idea es Otero³⁵, quien advierte que los valores son en sí mismos demandas de los ciudadanos referidas a las bases sobre las que éstos quieren que se asiente el ordenamiento. Se constituyen en los cimientos sobre los que la sociedad pretende que se establezcan y acomoden las leyes, de manera que proporcionan utilidad y mayor aptitud para garantizar la satisfacción de las necesidades sociales proporcionando bienestar y bien común. En este sentido, el cuerpo de valores se constituye en la fuente del Derecho, pero no confunde ambos conceptos, sino que los integra. Para Otero el fenómeno jurídico se entiende a través de tres elementos constitutivos, el normativo, integrado por las normas, el *fáctico* que constituyen los hechos y el elemento valorativo que integra los valores; eso sí, el aspecto normativo es predominante, pero no por ello se soslaya la importancia de los otros.

La visión de Otero, se separa de la imposición física normativa, concibiendo que el ordenamiento jurídico de un país debe proporcionar a los individuos que viven en sociedad el conjunto de normas de conducta que posibiliten la convivencia; y para hacerlo, para establecer el conjunto de normas que obligan a los administrados, es preciso proceder antes a la realización de un enfoque axiológico tendiente a establecer el conjunto de valores que esa sociedad requiere, de manera que el derecho no se cumple porque es un hecho coactivo, ejercidos bajo presión exógena al sujeto, sino porque busca la consecución de “la justicia como valor que engloba los demás recogidos”³⁶, haciendo sentir a la ciudadanía copartícipes de los valores previamente establecidos.

La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas, impulsada en la década de los ochenta, se centró precisamente en esta filosofía práctica, moral, ética del derecho y la justicia que Otero plantea. Según este filósofo, las normas como un elemento común compartido, solo se cumplen con efectividad si poseen un

³⁵ Otero Parga, M. (2000). VALORES CONSTITUCIONALES. Introducción al a Filosofía...Op. Cit. Página 25.

³⁶ Ibid. Página 16.

elemento de legitimidad que supera la coacción y posibilita, al menos, la mínima aceptación necesaria para su seguimiento. Se legitiman en tanto los destinatarios que se sienten autores racionales de las normas, siguiendo un orden democrático sin distinciones. “La validez jurídica de una norma (...) significa ahora que ambas cosas se garantizan al mismo tiempo: la legalidad de la conducta *que puede ser forzada mediante sanciones* como la legitimidad de la regla misma, que hace posible un seguimiento de la norma basado en cada caso una consideración positiva ante la ley”³⁷. Como se puede notar, la legitimación del derecho positivo de Habermas no se agota en una validez moral, pues visualiza la validez de las normas jurídicas desde una dimensión fáctica, a saber: de la coacción que le respalda.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico se valora como “bueno” o “justo” aquello que se apega a la ley. Desde esta perspectiva, los valores son vistos como normas, o en palabras de Fabelo, los valores ya están convertidos en institución: “Si asumiésemos al derecho constituido como la fuente última de los valores, el origen de lo valioso estaría entonces en la propia ley, en lo normado jurídicamente, en lo socialmente instituido”³⁸. La reflexión debe dirigirse a medir el grado institucional que los valores están ocupando en las agendas de los estados modernos.

Desde la óptica de Montoro³⁹, Derecho y Moral son dos criterios de regulación del obrar humano que se diferencian entre sí, principalmente por su finalidad última. Mientras que la moral ordena el comportamiento humano, tanto individual como social, buscando la perfección individual del sujeto, su bien personal no se encuentra desligado del bien social. Una parte esencial de su conceptualización de moral y derecho, orientada hacia la paz social, se descubre

³⁷ Habermas, J. citado por García Manrique, R. (2005). ACERCA DEL VALOR MORAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. Universidad de Barcelona. Recuperado de: cervantesvirtual.com. Ubicado en: Enero de 2014. Página 19.

³⁸ Fabelo, J. R. (2004). LOS VALORES Y SUS DESAFÍOS ACTUALES. Op. Cit. Página 40.

³⁹ Montoro Ballesteros, A. (1993). DERECHO Y MORAL. Universidad de Murcia. España. Página 7.

en esta transcripción: *“Un comportamiento es moral, y en cuanto tal perfecciona plenamente al sujeto, cuando responde pura y simplemente a la exigencia de realizar el bien y evitar el mal. El derecho es un principio regulador de la conducta humana que tiene como fin perfeccionar ética y técnicamente el orden de la vida social para hacer posible la convivencia humana. El Derecho prohíbe determinadas conductas (homicidio, robo, injuria...) y manda otras (cumplimiento de las obligaciones, recto ejercicio de los derechos...) buscando, no la perfección individual de las personas, sino el orden y la paz social el bien común, mediante la regulación justa y segura de las relaciones sociales”*⁴⁰. Así, la moral es incoercible, ya que la conducta que se somete a alguna norma lo hace motivada por ajustarse a lo que es correcto (el bien) y eludir el mal; mientras que el derecho obliga de manera coercitiva.

Reale analiza la relación entre Derecho y moral, desde sus aplicaciones en la teoría y en la práctica, así como del cumplimiento de las normas. Para este pensador, la aspiración de que el Derecho tutele solo lo lícito moral es un ideal, no se puede realizar en la práctica, “siempre permanece un residuo inmoral que es tutelado por el Derecho”⁴¹. Desde el ámbito del cumplimiento de las reglas sociales, se puede comprobar que existen reglas sociales que son cumplidas de manera espontánea, y otras que los hombres solo cumplen en determinadas ocasiones, bajo ciertas imposiciones. Hay pues una distinción clara entre las normas que se cumplen de manera espontánea y las de cumplimiento obligatorio o forzado. Las reglas que se cumplen de manera espontánea pertenecen al ámbito de la moral. Resulta difícil concebir un acto moral que es cumplido bajo coerción. Es decir, no se puede ser bueno por la fuerza. Una norma jurídica es la alimentación a los hijos, y también es una regla moral. Ante la ausencia de la ley moral puede surgir la coerción jurídica bajo imperativo de una sentencia, forzando de tal manera a un padre para cumplir con su obligación jurídica de

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Reale, M. (1977). INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Op. Cit. Página 49.

otorgar una pensión alimenticia, que debió hacer de manera voluntaria, por ende, deja de ser el cumplimiento moral a una regla.

Como enuncia Reale⁴² cuando se cumple una sentencia de manera obligatoria se satisface el mundo jurídico, pero continua ajeno al campo de la moral, de esta cuenta que entre moral y derecho existe una diferencia sustancial que Reale explica en pocas palabras: La moral es incoercible y el Derecho es coercible.

Bobbio⁴³ hace referencia a sanciones cuando se viola una regla moral o una regla social, pero se diferencian en que en relación al primer caso se trata de una sanción *interna*. Se dice que son morales aquellas normas cuya sanción se desarrolla al interior del sujeto. Entendiendo por “sanción” las consecuencias negativas de la violación a una norma, cuyo efecto desagradable ante la violación de una norma moral, sería el sentimiento de culpa, incomodidad, remordimiento. Mientras que la violación a una norma social, puede conllevar sanciones externas que pueden variar según la gravedad de la acción cometida considerada ilícita, a saber: reprobación, exclusión e incluso expulsión por parte del grupo o aislamiento, cuando se trata de una norma social. Mientras que la violación a una norma social institucionalizada, esto es, jurídica, conlleva una sanción de tipo institucional jurídico más racionalizada que la eminentemente social.

Anteriormente se explicitaba la postura de Kelsen ante el pensamiento de una moral absoluta, defendiendo la idea de normas relativas en función del lugar, la situación o del tiempo. Barros, plantea una diferenciación entre moral y derecho sustentado en una relatividad cronológica, principalmente se enfoca en la diferencia entre las sociedades modernas y la primitiva. En ello, plantea que el

⁴² Ibid.

⁴³ Bobbio, N. (2007). TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial TEMIS S.A. Tercera edición. Bogotá, Colombia. Página 109.

derecho moderno se caracteriza de manera distintiva del derecho en una sociedad primitiva, en que no son el resultado de sentimientos de conveniencia “amplia y espontáneamente compartidos al interior del grupo”⁴⁴.

En la sociedad moderna las normas son dictadas, de manera que resultan ser absolutamente aleatorias. Lo que es válido hoy, puede dejar de serlo mañana. Hoy se restringe una conducta y mañana puede ser válida o viceversa. En las sociedades primitivas es inconcebible esta variabilidad transitable de las obligaciones, porque no existía una autoridad que cambiase las normas vigentes. En una sociedad primitiva el contenido del derecho no se diferencia sustancialmente del contenido de la moral que la comunidad reconoce, pues es la tradición la que ejercía una fuerza pro cumplimiento. Además, en una sociedad primitiva no existe una institución que aplique un sistema de sanciones de tipo coercitivo.

La diferenciación que Barros efectúa entre moral y derecho es muy sencilla, pero ha sido utilizado en el debate contra el absolutismo de la moral. El debate es fuerte, pero lo que sí es cierto, es que la realidad no se halla regulada exclusivamente por mandatos o preceptos externos sino por una serie de ideas de valor jurídico no formuladas exteriormente. Dworkin contrapuso al modelo de simples reglas del sistema jurídico un modelo de principios, es decir que se configura a partir de reglas y principios jurídicos. Y, específicamente el Estado, llamado a configurar la sociedad con arreglo a la Constitución, no puede obrar en todo caso por medio de normas compiladas, sino que su actividad solo cobra sentido a través de los valores promulgados.

⁴⁴ Barros, E. (1983). DERECHO Y MORAL. CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS. Conferencia de la Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Enero de 1983. Recuperado de: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=enrique_barros_bourie&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.gt%2Fscholar%3Fhl%3Des%26q%3Dderecho%2By%2Bmoral%26btnG%3D%26lr%3D#search=%22derecho%20y%20moral%22 Ubicado en: Diciembre de 2014. Página 7.

Dentro de estos valores, se ha potenciado la promulgación de un valor del derecho en las sociedades humanas, mismo que está presente en la medida que permita y fomente: la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, que vale subrayar como nuestro tema central. La teoría del Derecho no escapa a la concreción de estos valores, es más, procura la concreción de éstos; pero también es cierto que este no es un objeto de índole absolutamente puro, sino que constituye una labor de los seres humanos de carácter esencialmente normativo, es por ello que se encuentra en el campo de lo Jurídico.

Para algunos autores el fin ideal del derecho es la justicia, para otros se exigen muchos otros fines de igual relevancia. Oportuno sería reiterar: la seguridad jurídica, ocupando un lugar preponderante dentro de una lista de valores similares.

En su condición de doctrina sobre el conjunto de principios, preceptos y normas que a través de leyes regulan las relaciones humanas en la sociedad, compete al derecho utilizar el valor fundamental de “la justicia”, implementada en la teoría del Derecho como categoría axiológica, de ahí que ha sido la más renombrada y estudiada, al punto que dentro de la teoría del derecho se ha llegado a constituir una Teoría de la Justicia⁴⁵. Desde el punto de vista axiológico, es precisamente en esta categoría que el Derecho se separa de otras disciplinas, pues cada una de ellas maneja distintos criterios de valoración o valores, pues si para la economía el valor es la utilidad, para la estética es la belleza, para la ética es el bien y para el Derecho lo es la justicia.

Es considerable indicar por último, que aunque la axiología jurídica supone el estudio de la justicia como valor jurídico fundamental, no es este el único objeto de su estudio, esto se evidencia claramente cuando se conocen estudios sobre la seguridad jurídica, sobre la igualdad, sobre la libertad, más aún en tiempos en que

⁴⁵ Véase a John Rawls en TEORÍA DE LA JUSTICIA (1995), donde incluso plantea un objeto al menos primario a la justicia: la estructura de la sociedad.

estos valores parecen estar omnipresentes en el discurso de las personas y comunidades como las nuestras, por constituirse en una demanda latente. Es posible escuchar con bastante frecuencia, que el mundo habla de la justicia, la cual a veces parece desaparecer, demorar o pasa a formar parte de otros conceptos, como por ejemplo la justicia social. No obstante, su estudio parece ser cada vez más necesario.

1.4. LA JUSTICIA COMO VALOR JURÍDICO

Del latín *iustitia*, el término justicia sirvió para traducir el término griego *dikaiosine*, y que como es ampliamente conocido, Justiniano definió como “la voluntad constante y permanente de dar a cada uno lo que le corresponde”. Esta definición tan divulgada, pero muy vaga por cierto, recoge aún con ello el principio deseable de un bien deseable.

En principio, su acepción teológica concuerda con que la justicia es un atributo de Dios, en tanto que la divinidad ordena todas las cosas en número, peso o medida. Además, se adjudica a Dios la facultad de hacer “justicia”, castigando o premiando a cada uno según sus obras, según se merece. También se considera que la justicia engloba todas las otras virtudes, y por eso es bueno quien la tiene⁴⁶.

En un sentido ético a la justicia se le atribuyen acepciones como:

- a. Una utilidad moral que se puede atribuir a ciertos sujetos: personas justas, exigencias justas, acciones justas y normas justas, entre otras.
- b. Una virtud que es propia de las personas o de las sociedades, y que les permite actuar según principios justos.
- c. Clase de teoría ético-política (justicia liberal, justicia socialista, entre otros)

⁴⁶ Otero Parga, M. (2000). VALORES CONSTITUCIONALES. Introducción a la Filosofía del Derecho... Op. Cit. Página 75.

Desde un sentido mucho más concreto, desde el ámbito institucional, la justicia es el poder judicial que ostentan jueces y fiscales en colusión con instituciones policiales y penitenciarias. Su misión es resolver los conflictos entre los ciudadanos, o entre el Estado y los ciudadanos conforme a las leyes vigentes. Por eso es común escuchar afirmaciones como ejecutor de la justicia, pleito de justicia, entre otras de igual índole.

Dentro de este mismo ámbito, Otero, afirma que la justicia se considera como derecho, razón o equidad. Como consecuencia se puede extraer el significado de que es justo lo que debe hacerse según derecho o razón, pero este es una acepción que se ha discutido mucho como se verá más adelante.

Es también común identificar el valor de justicia como un ideal a alcanzar y como un parámetro al que debe ajustarse el ordenamiento jurídico, con la administración de justicia, y en concreto, con el poder judicial. Y, en otro orden de pensamiento, suele presentarse la justicia dentro de la tradición filosófica del mundo occidental. De esta manera, lo que Castán⁴⁷ señala como el generalismo, puede equipararse a la armonía o proporción.

Tal armonía, señala Otero, se entiende como universal en la filosofía cristiana o en sus exponentes más reconocidos como Platón, Santo Tomás de Aquino, Cicerón y Leibniz; o como armonía social en la filosofía pitagórica de Aristóteles, Dante o más recientemente, en Rawls. Dentro de este orden de ideas, la justicia buscará el bienestar pero se centrará en un aspecto más individual o social.

Dado que en la justicia intervienen más de uno, Pérez Luño⁴⁸ reconoce una característica importante en la justicia: su dimensión social. Ya que es un comportamiento o conjunto de actos de una persona, que afectan a otras, por lo

⁴⁷ Ibid. Página 77.

⁴⁸ Pérez Luño. A. (2009). TEORÍA DEL DERECHO. Una concepción de la experiencia... Op. Cit. Página 183.

que la justicia exige la concurrencia de, al menos, dos sujetos y la existencia de algún tipo de relación entre ellos. Otras valoraciones que se realizan pueden tener un carácter netamente subjetivo (como la bondad, la belleza), pero la justicia es siempre una acción humana referida a otros.

En el campo de la axiología del Derecho, la acepción de Justicia varía considerablemente. Conjuntamente con los valores de seguridad jurídica, libertad, igualdad y pluralismo jurídico, a la justicia se le concede el rango de valor superior dentro del ordenamiento político, convirtiéndose en un principio regulador del orden jurídico ya que el derecho tiene que “hacer justicia” o encaminarse a ella⁴⁹.

Para Cossio⁵⁰, es un valor totalizador o integrador de los otros valores existentes. La justicia es un valor esencialmente humano y social, solamente puede referirse a ella en relación a las acciones de los hombres. Se puede afirmar que la sentencia de un juez es “justa” o “injusta” o que alguna acusación o reclamo está o no justificada.

La justicia entraña una relación *deóntica*, es decir, un “deber ser” y, precisamente lo que caracteriza a las acciones humanas es esa tensión entre el “ser” y el ideal “deber ser”. En esta línea, la justicia representa un valor, un ideal de comportamiento al que las personas “deben” tender, pero sin que ello signifique que todas las acciones humanas “sean” necesariamente justas⁵¹.

Dentro de la teoría axiológica del Derecho, resulta complicado hallar una concepción unívoca sobre el significado, importancia, realización y contenido de este valor. La justicia es un criterio constitutivo de derecho para algunos sistemas de pensamiento, de modo que solo puede considerarse derecho a aquel o aquello que es justo (ya se presentó la crítica de Kelsen hacia esta postura en el

⁴⁹ Otero Parga, M. (2000). VALORES CONSTITUCIONALES. Introducción a la Filosofía del Derecho... Op. Cit. Página 75.

⁵⁰ Cossio, (1996) citado por Vilanova, J. ELEMENTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO... Op. Cit. Página 295.

⁵¹ Pérez Luño. A. (2009). TEORÍA DEL DERECHO. Una concepción de la experiencia....Op. Cit. Página 41.

segmento anterior). Para otros es derecho positivo aquello que las leyes establecen como tal sin mayores consecuencias, sin tener en cuenta la justicia o injusticia de los preceptos que determinan. Y para un tercer sistema de pensamiento, lo deseable es que la norma sea justa, pero si no lo es, ello no implica la ausencia de juridicidad del precepto en cuestión⁵².

Kelsen figura ente los que desestiman la justicia dentro de un orden social, opinando que aunque la justicia es una cualidad posible, no es indispensable en un orden social. Ya que lo único que requiere el ordenamiento jurídico para que sea adecuado, es regular las relaciones de los hombres en sociedad de la forma más satisfactoria posible para todos. Además, dentro de la línea de pensamiento kelseniana, buscar la justicia es un problema, ya que consiste en la búsqueda de la felicidad a la que aspira el ser humano, y si el ser humano no puede encontrar la felicidad ¿cómo ha de pretender la justicia? Por ello, concluye, la justicia es la felicidad social (no individual, egoísta) garantizada por el orden⁵³. Esta perspectiva utilitarista de Kelsen, reduce la concepción de justicia al fomento de mayor felicidad para el mayor número de personas, enfocándose en la elevación de la justicia al nivel global de una sociedad, pero prescinde de la necesaria atención de la forma en que los bienes han de ser distribuidos entre las personas para alcanzar esa felicidad.

En los postulados de Ross⁵⁴, otra tendencia positivista, se comparte la idea de que la justicia surge de nuestra conciencia más íntima en necesidad imperativa *a priori*. Pero es muy difícil afirmar que en nuestro espíritu se aloja un postulado inequívoco capaz de discernir entre lo que es ciertamente justo o injusto.

⁵² Otero Parga, M. (2000). VALORES CONSTITUCIONALES. Introducción a la Filosofía del Derecho... Op. Cit. Página 52.

⁵³ Ibid. Página 76.

⁵⁴ Ross, A. (2006). SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial GEUDEBA. Editorial Universitaria. Buenos Aires, Argentina. Página 339.

Las palabras “justa” o injusta” tienen sentido para Ross, cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Afirmar que la decisión es justa significa que ha sido hecha de una manera regular esto es, de conformidad con la regla o sistema de valores vigentes.

Así, una conducta se valora como justa, si está en armonía con reglas presupuestarias, jurídicas o morales. La justicia tiene sentido cuando se aplica adecuadamente una norma general y abstracta. Pero si lo que se pretende es generalizar un orden o una regla, los juicios de valor “justo” e “injusto” carecen de sentido: *“La justicia no es guía para el legislador. Porque en verdad es imposible como hemos visto, derivar de la idea formal de igualdad ningún tipo de exigencia relativa al contenido de la regla o del orden. Aplicadas en esta conexión, las palabras no tienen significado descriptivo alguno. Una persona que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas -por ejemplo un sistema impositivo- es injusto, no indica ninguna cualidad discernible en las reglas. No da ninguna razón para su actitud; simplemente se limita a darle una expresión emocional. Dicha persona dice: Estoy en contra de esta regla porque es injusta. Lo que debiera decir es: Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella”*⁵⁵. Habrá que interpretarse esta postura, sobre la base de la aplicación correcta de una norma, como cosa opuesta a la arbitrariedad, y que quien afirme que una norma es injusta, no está sino expresando emocionalmente una reacción desfavorable frente a esa norma, sin justificaciones o argumentaciones. Y que la ideología de la justicia no tiene cabida en un examen racional de valor de las normas.

Pérez Luño, señala que la postura al identificar justicia con legalidad y el derecho positivo, la convierte en una noción superflua, negando su carácter de valor jurídico y como medida crítica de una legalidad positiva⁵⁶.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Pérez Luño, A. (2009). TEORÍA DEL DERECHO. Una concepción de la experiencia... Op. Cit. Página 125.

Por el contrario y según Petelman, citado por Pérez Luño, sobre la noción de una justicia sustentada en la máxima de que “los seres humanos de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo”⁵⁷ aplicando las fórmulas de justicia en el principio de los juristas romanos de: dar a cada uno lo suyo, de dar a cada uno lo mismo, a cada uno según sus méritos, a cada uno según sus obras, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su rango y a cada uno según lo que le atribuye la ley, expresa dicho autor que si lo que se pretende es tratar del mismo modo a seres de una misma categoría, un problema presente es cómo identificar a cuál de ellas pertenecen los sujetos y cómo se debe tratar a quienes pertenecen y a quienes no pertenecen a ellas.

Una tendencia relevante que ha sido muy defendida en la época contemporánea -a la cual vale la pena darle un vistazo- sostiene una idea de justicia diversa, surgida sobre las teorías marxistas y en consecuente oposición al sistema capitalista, a saber: La teoría socialista. La misma concibe la justicia como una abolición de la desigualdad. Dentro de este sistema de pensamiento, la justicia ha sido entendida generalmente como abolición de los privilegios socioeconómicos que ostentan el poder económico, político y social. Ahora bien, entre las distintas propuestas socialistas existen distintos planteamientos del ideal socialista y de los medios necesarios para alcanzarlo.

En las primeras décadas del siglo XIX, los fundadores del llamado Socialismo Utópico, se enfrentan al problema de los grandes abusos a los que se ve sometida la clase obrera en los inicios de capitalismo industrial, y proponen reformas profundas en la economía, la política y la educación. Entienden que una sociedad próspera y justa ha de aprovechar los avances de la ciencia y de la técnica para eliminar las desigualdades económicas, sociales y culturales. Insisten en la necesidad de abolir la propiedad privada de los medios de producción, o al menos restringirla radicalmente.

⁵⁷ Ibid.

Pero, para alcanzar tal fin, no creen que el camino para alcanzar esa nueva sociedad sea una revolución violenta, sino que ellos mismos crean comunidades justas-cooperativas, fábricas modelo, “falansterios” de Fourier, y otras similares; y fomentan una educación que inculque a las nuevas generaciones las virtudes necesarias para la solidaridad y la armonía social. Confían en un aparato jurídico que promueva la justicia legal.

Otra vertiente de esta corriente, es el Socialismo Científico o Marxismo, promulgado por Karl Marx (1818-1883) en cuya filosofía se sostiene que la justicia y la igualdad vendrán con la comunicación de los bienes de producción. Es solamente una sociedad comunista, la que acabará con todas las lacras del capitalismo que aquejan a la humanidad, y solo así habrá justicia, paz, orden, fraternidad, respeto a las leyes, vigencia de los derechos humanos. Esta postura no es extraña para quien relaciona los valores supremos con los bienes materiales: comida, bebida, propiedades de consumo, habitación, salud, descanso, recreación, placeres, entre otros aspectos⁵⁸.

Marx expone que, tras la revolución proletaria, vendría la distribución justa de los bienes, misma que se haría bajo el principio “exigir a cada uno según su capacidad, dar a cada uno según su contribución”. Pero más adelante, cuando se alcance la fase comunista, caracterizada por la sobreabundancia de bienes y la desaparición del Estado, la distribución adoptará el principio: “exigir a cada uno según su capacidad, dar a cada uno según su necesidad”.

Pese al impulso loable de Marx en la búsqueda de la justicia, termina reduciéndola a un concepto hedonista, en tanto que la vincula con la satisfacción estricta de bienes materiales.

⁵⁸ Hernández, H. R. (2010). GRANDES ETICAS DE LA HISTORIA. Op. Cit. Página 154.

El criterio de justicia de Betegón⁵⁹, mide la conciliación de la norma o del conjunto del sistema a un orden normativo que resulta distinto al Derecho, pero muy relacionado con los cuerpos morales. No existe una regla jurídica sin un cierto punto de vista de la justicia, ya que su objeto es la conducta humana libre, ante las cuales cabe emitir un juicio moral.

Las posturas ante el reconocido valor supremo del Derecho son muchas y diversas, al punto que en la discusión teórica y en su conceptualización en el complejo de las relaciones humanas, queda ofuscado su cumplimiento en la práctica.

Sin embargo, la búsqueda de la justicia ha sido y sigue siendo una constante en el ser humano, es un bien anhelado y así es como lo proponen todos los sistemas políticos modernos.

Siguiendo a Otero, ante la gran diversidad y adversidad de acepciones sobre justicia, lo más oportuno es plantear una que sea “cauta e integradora”, pues inclinarse por una sola puede resultar muy empobrecedor.

Por otro lado, resulta importante reconocer que la justicia se relaciona y potencia con la igualdad, la solidaridad, la armonía, la seguridad. Y en todo caso, la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico debe manifestarse en sus distintas facetas y leyes, y no solamente en la decisión de un juez.

⁵⁹ Betegón (1997). Citado por González Dubón, A. (2006). EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN MORAL... Op. Cit. Página 73.

1.5. LA SEGURIDAD

Carlos Cossio⁶⁰ plantea desde el principio de la alteridad, que el hombre “es en el mundo” y es un “ser con” los otros. Necesariamente, en la existencia de cada uno aparece siempre “el otro”, por ello la existencia es “co-existencia”. El “otro” puede aparecer como pura circunstancia, abriendo dos posibilidades: o su presencia ampara, brinda seguridad o bien desampara al “otro” e infunde inseguridad.

En el primer caso se presenta el valor “seguridad”, en el segundo, en contraposición, el desvalor “inseguridad”. El valor seguridad es de “autonomía”, es decir, radica en la existencia individual. Para Cossio, cuando la circunstancia impone el desvalor “inseguridad” hay una forma de esquivar o evitar ese desvalor. Esto se logra previendo el riesgo y planeando medios que permitan sortear exitosamente la circunstancia insegura, para lo cual plantea el valor “orden”.

La seguridad es una de las necesidades humanas más importantes, según el célebre Psicólogo norteamericano Abraham Maslow. Pero en diversos escritos filosóficos, se nos sugiere diferenciar la seguridad llamada impropriamente “jurídica” basada en simple legalidad, de la propia “seguridad jurídica” fundada en la legitimidad de esa legalidad. Podemos denominar seguridad jurídica material a la primera, mientras que la segunda sería una seguridad jurídica formal.

La seguridad jurídica material, es la que encontramos en preceptos de categoría constitucional, como en el caso de nuestra Carta Magna, que en su Preámbulo refiere que el Estado es responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, justicia y seguridad, entre otros preceptos y valores fundamentales. También lo reitera la misma Constitución Política de la República de Guatemala, en sus artículos 1º y 2º, al indicar que el

⁶⁰ Cossio. (1996). Citado por Vilanova, J. ELEMENTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO... Op. Cit. Página 271.

Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, siendo su fin supremo la realización del bien común, y que es deber del Estado, garantizarle a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Desde ese ángulo de seguridad jurídica material, es importante subrayar que la Gaceta número 61, expediente número 1258-00, sentencia del 10 de julio de 2001, de la Corte de Constitucionalidad, interpreta y define la seguridad del artículo 2º constitucional, de la siguiente manera: "...El principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2º, de la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental..."

Es una interpretación magistral, para ser encajada en esta investigación, el hecho de que la seguridad jurídica, tal como lo expone el autor guatemalteco René Arturo Villegas Lara⁶¹, es el marco de protección que el régimen de legalidad le proporciona a los ciudadanos, es la seguridad del Derecho mismo, y significa que el Derecho sea seguro en su origen, su existencia y su extinción. La seguridad en Guatemala, bajo estas explicaciones, debe ser distinguida desde dos grandes vertientes: la seguridad individual y la seguridad jurídica.

La problemática y desarrollo de la seguridad jurídica formal, es lo que se plantea en el curso de esta investigación, ya que separándola de los preceptos constitucionales, esta vendría a integrarse con todos los demás instrumentos legales del ordenamiento jurídico, así como las políticas estructurales y

⁶¹ Villegas Lara, R. A. (2011). TEMAS DE INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO y DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. Página 82.

funcionales del sistema jurídico, para propiciar y reforzar las instituciones encargadas de proveer la seguridad jurídica, que se analizará con el carácter de preventiva.

El orden es considerado una actitud de defensa frente a la inseguridad del riesgo. Mientras que por su parte, Radbruch⁶² es uno de los que expone la justicia en relación con los derechos humanos, postulando que el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural y la idea del derecho es un valor. El derecho se constituye en la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho. Y esta idea del derecho no puede ser otra que la justicia.

Pérez Luño ubica a la seguridad jurídica como uno de los apartados de la justicia general, al ser la condición de una sociedad correctamente ordenada, en este sentido, ambas comportan presupuestos y procedimientos ineludibles para garantizar el buen orden de la sociedad. Así “entendida la justicia como garantía de sometimiento a un padecimiento jurídico imparcial; de este modo, no existe obstáculo para establecer una coincidencia básica entre exigencias prioritarias y las de seguridad”⁶³, aunque ello no significa que la seguridad no cuente con sus propios perfiles jurídicos.

La aproximación entre seguridad y justicia, concluye Pérez Luño, se produce ahora a partir de una concreción de ambos valores. “El primero deja de identificarse con la mera noción de legalidad o de positividad del derecho, para conectarse inmediatamente con aquellos bienes jurídicos básicos cuyo aseguramiento se estima social y políticamente necesario”⁶⁴. En esencia, tanto la justicia como la seguridad, son bienes ideales que pueden garantizar un genuino Estado de Derecho.

⁶² Citado por Barrera, J. (2012). EL CONCEPTO DE JUSTICIA EN EL PENSAMIENTO DE JORGE MILLAS. Informe de Tesis. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. Valdivia, Chile. Página 16.

⁶³ Pérez Luño, A. (2009). TEORÍA DEL DERECHO. Una concepción de la experiencia... Op. Cit. Página 220.

⁶⁴ Ibid. Página 221.

CAPÍTULO II

LA SEGURIDAD COMO VALOR

2.1. REFERENCIAS HISTÓRICAS

Desde el 470-399 a.C. Sócrates defendía con insistencia que la Justicia no es sino obrar en conformidad con la ley y que la vida solo tiene sentido por la justicia, la cual no es dable si no se obedecen las decisiones de los tribunales. Este pensamiento, categórico por sí mismo, llevó a Sócrates a aceptar la decisión injusta del tribunal público que le condenó a muerte, al ser acusado de impío y de corromper a la juventud de su época a través de sus enseñanzas. Bajo seguidores de esta idea, la ley fue izada en Grecia como el sustento de la seguridad.

Históricamente, el origen de la Seguridad Jurídica se reconocerá en función de la manera cómo se le concibe. Si como un valor que se alcanza en obediencia al Derecho o como un principio con autonomía propia y superior al mismo Derecho. En la primera acepción, su origen se distingue a partir de la asunción de los Derechos fundamentales mismos que se conocen, reconocen y garantizan a través del Estado. De esta manera, la Seguridad Jurídica se constituye en un valor superior del Ordenamiento jurídico, convirtiéndose en norma jurídica positiva o como una garantía Constitucional, entonces la seguridad jurídica se origina en la modernidad, juntamente con el Estado de Derecho. Es así, como se propone a lo largo de esta investigación.

La idea de la Seguridad Jurídica en una acepción un tanto más moderna, se formula desde el siglo XVII, cuando Tomás Hobbes desde una racionalidad empirista plantea que el hombre, al restringir su libertad bajo la estructura de Estado, lo hace con el fin de buscar su seguridad, su conservación y una vida más

tranquila. Otorga a la seguridad, o más bien, a la seguridad jurídica, el papel de afianzadora y fortalecedora del poder Estatal, sin más condición que el mantenimiento del orden y la paz. Altos ideales, pero necesarios dentro de cualquier estructura estatal.

Contrariamente, John Locke, considera que el cambio del estado de naturaleza al de civil, implica la adquisición de la garantía y la protección jurídica de los derechos naturales, mismos que el hombre posee desde su estado de naturaleza. Locke ve al Estado como una sociedad que surge por convención de los individuos para procurar el bien común de todos. Establece que entre los fines del Estado se encuentran: La garantía de los derechos humanos, la garantía de las libertades, el orden de la paz y la justicia, la paz social (Rogel; 2010).

Dentro del mismo contexto, Locke asume que la sociedad ha de permitirle al ser humano una vida pacífica, segura y cómoda. Así, este pensador limita el poder del Estado ante los derechos naturales de la humanidad, restando el absolutismo a la normatividad y posicionándola en un estado no contradictorio con la ley del estado de la naturaleza. Pensamiento bastante característico, dentro de las premisas fundamentales del Derecho Natural.

No es sino hasta en el siglo XVIII cuando realmente se construye la idea de seguridad bajo una forma doctrinal, orientada por la línea de pensamiento de la Ilustración y el Utilitarismo Filosófico. El término queda instituido formalmente desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francés de 1789 y en la Constitución Francesa de 1793, en cuyo artículo 8, se define la seguridad como la protección que la sociedad otorga a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. Se postula al Estado como un interviniente en la vida de las naciones, cuya participación se sustenta en el valor jurídico de la seguridad, como ejercicio de las libertades individuales de distinta índole.

De ahí que la seguridad jurídica se legitima, solamente en un Estado de Derecho, por lo que puede hablarse de una genuina seguridad jurídica, en su esencia primigenia, solamente si se sustenta en una Constitución democrática⁶⁵. Actualmente, un Estado de Derecho es indisociable de la garantía de la seguridad jurídica, constituyéndose esta última en uno de los bienes preciados que justifica la existencia del Estado, pero al mismo tiempo, una de sus responsabilidades esenciales.

En ese mismo orden de ideas y en referencia a su connotación jurídica, la Seguridad es un estado que compete al hombre como ser social, que sabe con qué norma exigible cuenta en su trato con sus congéneres, de manera que se regula su conducta y la de los demás, sobre la base de derechos y obligaciones con el fin de ordenar la convivencia.

La sociedad sabe y comprende que existe un ente regulador de su vida, y conoce sus preceptos. El tal, se constituye en una instancia que determina las relaciones del hombre con los demás, es decir, se permite o impide una conducta ajena en el ámbito coexistencial, de manera que el Derecho confronta a los sujetos en polémica contraponiendo sus acciones.

2.2. ACEPCIONES

Evidentemente, la acepción sobre seguridad jurídica no es unívoca, pero un acuerdo que es muy común, es el que tiene que ver con la confianza o la certeza en los sistemas jurídicos, esto es, que los individuos que son sujetos al Derecho se sienten confiados respecto a la forma en que se elaboran las leyes, su contenido y su aplicación en la práctica misma, ya que el contar con la convicción

⁶⁵ Oropeza, Barbosa A. (2000). LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO. Revista de la Escuela de Derecho de Puebla. No.2 Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: www.juridicas.unam.mx Ubicado en: Febrero de 2014. Página 64.

de que las necesidades humanas básicas serán satisfechas de una manera específica, se constituye en un requerimiento del sujeto en forma individual y social. Además, la seguridad jurídica tiene implícita una exigencia de predicción sobre el qué atenerse, esto es, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las acciones o de las conductas.

Los ciudadanos saben a qué atenerse cuando se incumple una ley. Ante las normas preestablecidas, que han de ser bien conocidas por los destinatarios, les coloca a éstos últimos en una capacidad de predecir el ejercicio de los órganos de poder y su actuación frente a los terceros, y como ya se apuntó, sabiendo a qué atenerse⁶⁶.

La seguridad entonces, estriba en la confiabilidad o certeza de que hay un Derecho, mismo que será acatado de manera objetiva por el Estado y los ciudadanos. Es decir, cada uno de estos ciudadanos no solamente necesita tener seguridad de que el Estado y los terceros se comportarán de acuerdo con el Derecho, sino también, de que los órganos incumbidos de aplicarlo lo harán valer cuando sea irrespetado. A esto, es a lo que se le llama una certeza práctica, que desborda lo estrictamente teórico, es decir seguridad; saber que habrá una sanción impuesta por la fuerza por las instancias facultativas de ser necesario⁶⁷.

Haciéndose notar la complejidad acerca del *ser* o en todo caso, del *deber ser* de la Seguridad Jurídica, es necesario develar su naturaleza dentro del Derecho, es necesario enfatizar en su estudio axiológico. En principio, el debate filosófico trasciende entre asumir el carácter **relativo** o **absoluto** que los valores puedan poseer.

⁶⁶ Suárez Romero, M. (2009). LA SEGURIDAD JURÍDICA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. Universidad Autónoma de México -UNAM-. Recuperado de: <http://www.derecho.unam.mx> Ubicado en: Febrero, 2014. Página 314.

⁶⁷ Madariaga Gutiérrez, Mónica (1993). SEGURIDAD JURÍDICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SIGLO XXI. 2da. Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile. Página 27.

2.3. DIVERSOS PLANTEAMIENTOS

El planteamiento relativista, establece que el valor es reductible a la apreciación que de él haga el sujeto, de tal manera que sus apreciaciones se subordinan al sentimiento de agrado o desagrado a la mera subjetividad humana, bien sea individual o colectiva. El significado ético que se otorga es resguardado por la actitud del sujeto, y no por la cualidad del objeto. Un juicio auténtico se le considera a aquel que alude a los sentimientos o actitudes del sujeto.

Mientras que la contraparte objetivista del valor le sitúa en una esfera ontológica independiente de la estimación del hombre frente al valor, reduciendo la participación del sujeto solamente al reconocimiento que haga frente al valor como tal, independiente de preferencias individuales. Esta postura manifiesta una autonomía con respecto a toda estimación subjetiva y arbitraria, de manera que se asume el carácter absolutista del Derecho como bien que permite el logro de la Seguridad Jurídica⁶⁸.

Dentro de la tendencia subjetivista se puede traducir la enunciación ética de la Seguridad Jurídica en la versión de que es un valor logrado si hay quien lo apruebe como tal, si es apreciado como tal por un sujeto individual o en forma colectiva; o si es aprobada por Dios. Además, sujeta la Seguridad Jurídica al deseable de la Justicia, en tal caso una ley carece de validez cuando se niega la asunción de este valor, considerado el máximo dentro de los valores conocidos dentro de las jerarquías de valores que se han establecido.

Desde esta perspectiva que se percibe como muy arraigada al iusnaturalismo, existe un valor del orden, de la Seguridad Jurídica, solo en lo que es justo. De esa cuenta, ninguna norma será válida si no es justa, podría ser el factor indicativo, pero sobre eso existen los diversos criterios de valoración que

⁶⁸ Ibid. Página 18

Norberto Bobbio⁶⁹ llega a considerar finalmente, como independientes. Enuncia en estos pensamientos jurídicos, que para que la ley sea tal, debe ser conforme a la justicia. Hecho a lo que el mismo Bobbio replica, que en la realidad el Derecho vale como tal, también cuando es injusto, que no existe ningún ordenamiento perfecto, en cuanto a la justicia se refiere.

El ordenamiento solo sería perfecto, si la justicia fuese una verdad evidente, demostrable en su perfección, de manera que ningún sujeto tuviese la menor duda de lo que es justo o no.

Quienes debaten esta corriente también aseveran que en la realidad, los juicios sobre la justicia, suelen ser relativos, por lo que para ello se ha de reflejar el estado justo del ordenamiento jurídico, en el cumplimiento de la normativa jurídica. Bobbio indica que los mismos iusnaturalistas denotan contradicción en su acepción de lo “justo”, valor que para ellos es “natural” argumentando el caso de Kant, para quien la libertad era natural, caso contrario de Aristóteles, para quien lo natural era la esclavitud.

Ahora bien, el mayor problema señalado a la corriente subjetivista, es el de la reducción de lo justo y lo injusto, a la apreciación del sujeto. La pregunta que Bobbio se hace al respecto es polémica: si la observación de la naturaleza no ofrece apoyo suficiente para determinar lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido, y si la distinción entre lo justo e injusto no es universal ¿a quién entonces compete establecer lo que es justo e injusto?

La polémica se suscita en las respuestas mismas que da Bobbio, porque una alternativa sería que esta decisión corresponde a quien tiene el poder, esto es, el Estado, el jurista, las instancias normativas; o en caso contrario, a los ciudadanos.

⁶⁹ Bobbio, N. (2007). TEORÍA GENERAL DEL DERECHO... Op. Cit. Página 20 y siguientes.

En el primer caso se puede incurrir en valorizar solamente la arbitrariedad de quien hace cumplir la ley, lo cual ocasionaría pérdida de certeza en el proceso, se pierde la seguridad. En la segunda situación planteada, el individuo puede apreciar de injusta una normativa determinada y en su defecto incumplirla. Ante una ley diversa e irreductible, los gobernantes no podrían intervenir, con ello se pierde la seguridad.

Ahora, es preciso entender que al indicar que la Seguridad Jurídica es la “certeza”, el sentirse “seguro” con respecto a algo específico, implica una manifestación de mecanismos psíquicos que reaccionan ante las cosas del mundo, es decir, una manifestación subjetiva del sujeto ante las cosas y los hechos.

Al respecto, Madariaga⁷⁰ indica que de nada serviría una seguridad jurídica si no hay quien la aprecie. Esto es muy cierto, y es válido el reconocimiento de que la seguridad conlleva una carga subjetiva, pero reducir todo el proceso a meros mecanismos psíquicos de reacción ante las cosas del mundo es entender el valor como una situación de respuesta al deseo, el agrado o la apreciación personal. Es, en palabras de Lachance⁷¹ “mirar al poder del hombre como la expresión de su derecho”.

Los críticos de la postura subjetivista asumen que la Seguridad Jurídica se configura a partir de un plano teórico, esto es, la certeza en la concreción de lo que corresponde a cada quien como suyo, como su derecho. Y por otro lado el plano práctico, es decir la certeza respecto de la atribución efectiva a cada uno de lo que le ha correspondido como suyo. Es decir, desborda lo deseado, lo

⁷⁰ Madariaga, M. (1993). SEGURIDAD JURÍDICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA... Op. Cit. Página 32.

⁷¹ Lachance. (1945). Citado por Renard, Georges. (1947). INTRODUCCIÓN FILOSÓFICA AL ESTUDIO DEL DERECHO. Volumen I. El derecho, la Justicia y la voluntad. Editorial Desclee de Brouwer, Buenos Aires. Página 185.

estimado, lo apreciado en el proceso, para constituirse en un aspecto efectivo de la aplicación de la coacción.

La Seguridad Jurídica, desde ésta tónica, no se satisface en el mero conocimiento, ni lo deseable o apreciable por parte del sujeto del derecho, no se satisface con el mero saber qué es lo que requiere y si esto lo aprecia como algo justo, sino además que eso le sea atribuido de modo efectivo, voluntaria o coactivamente, por quien resulte obligado a ello. En este proceso es el aparato coactivo del derecho el que posibilita estos hechos, la atribución o la efectividad de lo que es suyo.

Desde la óptica del positivismo y la postura iusnaturalista objetivista, la Seguridad Jurídica ha sido duramente criticada, no obstante, hay una situación innegable y es que los asuntos del Derecho son estrictamente sociales, creados por el hombre. El deseo y la apreciación de lo que es justo o no, están implícitos en lo que la sociedad de antemano ha estimado como tales. La validez del alcance de la Seguridad Jurídica puede verse desde distintas aristas -tal y como se analizará más adelante desde la perspectiva de Bobbio-, pero lo que sí es cierto, es que el fin del Derecho no puede o no debe deshumanizarse desligándose de la apreciación del sujeto en su totalidad, pues perdería su sentido.

Por otro lado, de nada sirve una apreciación justa que no se asegura por medio del Derecho. Piénsese por ejemplo, en las demandas de grupos sociales, asumidas por ellos mismos como justas ante la satisfacción de la necesidad que promueven, pero que por el hecho de ser desoídas por quienes asumen el poder en las instancias del poder jurídico, se constituyen en un bien deseable que hasta no constituirse en parte de una normativa, estos sujetos no tendrán la certeza de adquirir lo “suyo” requerido, es decir, no gozarán de Seguridad Jurídica.

Ahora, desde la línea del pensamiento iusnaturalista objetivista, en su relación, los valores suelen presentarse de manera independiente. Son vistos como valores en sí mismos.

2.4. VALORES Y SEGURIDAD JURÍDICA

Ya en el capítulo anterior abordamos las posturas absolutistas en materia axiológica de Max Scheler y de Meinong, por lo que solamente será necesario resaltar que para Scheler, vistos los valores como cualidades de orden especial que descansan en sí mismos y se justifican por su contenido, el sentimiento de valor es una capacidad que tiene el hombre para captar los valores: “El hombre es hombre porque tiene sentimiento de valor”.

Ahora, la Seguridad Jurídica es vista como un valor en sí misma, independiente del Derecho, de la Justicia o de la libertad. Scheler también sostiene que los valores mantienen una relación jerárquica a priori. Tal jerarquía, está en la esencia de los valores, está dada por distintos criterios y se aplica aún a aquellos valores que no se conocen.

Uno de ellos es el de duración. Para Scheler los valores inferiores son fugaces, los superiores, duraderos. Es el criterio de fundamentación, ya que los inferiores sirven de base a los superiores, y un valor que fundamenta a los demás es de mayor jerarquía. Es también el de profundidad de satisfacción, refiriéndose a que un valor más elevado causa más satisfacción que el menos elevado. Y por último, el criterio de relatividad, es decir, que el valor más general o menos relativo tiene una jerarquía mayor.

Como se puede notar, la discusión sobre la naturaleza axiológica absoluta o relativa de los valores, y más específicamente, la de Seguridad Jurídica, se desarrolla entre quienes esgrimen que en su relación los valores suelen

presentarse de manera independiente y entre los que sostienen su sujeción a otros valores o al Derecho. El papel del Derecho en esta discusión también ha sido objeto de discusión. La consideración de la Seguridad Jurídica como un derecho ha desatado esta polémica entre quienes defienden la carga axiológica de la seguridad jurídica por sí misma (absolutista) y entre quienes la conciben en términos de su aplicabilidad normativa.

Siguiendo a Bobbio⁷², puede advertirse que la observancia de la seguridad como un valor independiente de la justicia no siempre resulta asequible. Por ejemplo, se habla de los casos de situaciones seguras, una normativa irrevocable pero injusta. De igual manera, concebir la justicia diferenciada de la seguridad se ha constituido en un debate aún abierto, ya que en efecto, se piensa que la justicia no puede concebirse totalmente diferenciada de la seguridad, en tanto que esta última se considera un ingrediente necesario del proceso de realización de la justicia; además, existen procesos considerados justos pero que no se ajustan a los planteamientos normativos, o no han sido considerados en ellos.

Por otro lado, subyace a la acepción axiológica absolutista de la seguridad jurídica, una consideración igualmente absoluta del proceso de validación del Derecho, mismo que también es concebido en su acepción netamente objetiva; como un valor en sí mismo. Vale indicar que en tal caso se reduce la seguridad jurídica a lo fáctico, y en el caso de concebir la seguridad jurídica en su forma absoluta independiente del Derecho y de otros valores, se anula con el ordenamiento jurídico.

Desde la concepción iusfilosófica objetivista de Radbruch (citado por Barbosa), la justicia junto al bien, la verdad y la belleza, poseen un valor absoluto, pero el valor de la seguridad jurídica no es absoluto ni es primordial.

⁷² Bobbio, N. (2007). TEORÍA GENERAL DEL DERECHO... Op. Cit. Página 20 y siguientes.

En esa concepción, la Seguridad Jurídica no es vista por medio del Derecho, es decir, esa seguridad que el Derecho confiere al garantizar la vida, los bienes o la protección de los mismos derechos, sino como algo que el Derecho tiene en sí mismo, tal y como es, no en lo que se ha de hacer. Para este autor, resulta de mayor importancia la existencia de un orden jurídico, que su justicia y finalidad, las que son consideradas como las grandes tareas secundarias del Derecho. Es más, el Derecho positivo es visto como exigencia de la seguridad jurídica, pues ésta sólo podría ser cumplida mediante el carácter de positividad del Derecho. Es decir, la seguridad jurídica exige estar estatuida en leyes. Estos estatutos además, deben ser sustentados en hechos “practicables”, han de ser “estables” sin exponerse a cambios frecuentes y deben desajenarse de los juicios de valor del juez.

Así, Radbruch, reduce la idea de seguridad jurídica a la positividad del Derecho, la garantía que produzca el Derecho positivo es el valor adjudicado a la seguridad jurídica.

En relación al asunto axiológico de la seguridad jurídica, Radbruch añade, que la inclusión de la seguridad jurídica en la idea del Derecho responde a la imposibilidad de establecer de manera objetiva los fines del Derecho, o sea, de una observancia de lo justo en un sentido material. Por ello el Derecho positivo se torna necesario y la seguridad jurídica forma parte de los valores del Derecho expresados en su idea. Sobre ello García Manrique postula que ante la imposibilidad de determinar lo materialmente justo, entonces no se obtiene beneficio alguno del Derecho positivo. Qué de provecho puede tener el hecho de saber de la existencia de un Derecho seguro, pero del que no se sabe si es materialmente justo. Vale indicar también que para Radbruch, la justicia se logra a través de la seguridad jurídica garantizada por el juez apegado a la ley⁷³.

⁷³ García Manrique, R. (1989). ACERCA DEL VALOR MORAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante. Edición electrónica: Espagrafic. Página 7 y siguientes.

Esta observancia de un valor *per se* de la seguridad jurídica es difícil de asimilar en procesos constitucionales como los de la Alemania nazi, la Italia fascista o de otros regímenes represivos, los cuales no carecían de leyes, pero la seguridad jurídica era entendida como un asunto de ordenamiento social, aun cuando estos suponían un fraude de los derechos a la libertad de expresión, la vida misma o la igualdad.

En la Alemania nazi, quien no cumplía la ley era confinado a trabajos forzados o campos de concentración, o incluso hasta sometidos a torturas; todo bajo un determinado orden jurídico constituido en códigos civiles, penales y comerciales. Así, un estado dictatorial, puede erigir leyes e instituciones y hacerlas valer. Los sujetos son conscientes de esas leyes y tienen la certeza de que las instituciones dictatoriales son definitivas e irrevocables.

García Máynez⁷⁴ indica que la efectividad de un Ordenamiento jurídico no implica necesariamente que haya seguridad, pues podrían existir Ordenamientos injustos. Existen sociedades y hechos abruptos, donde el ordenamiento jurídico se ha hecho valer de forma que para muchos resultó ser “injusto”: El arrasamiento de poblados enteros que fue justificado por la actividad antisubversiva para mantener el orden social, es un ejemplo muy claro y muy reciente en algunas sociedades.

Ante tales circunstancias, los cuestionamientos que se precisan aclarar son: cuando el sistema jurídico demuestra su eficacia haciendo cumplir las normas ¿denota con ello también el valor de la Seguridad Jurídica?, ¿Está el valor de la Seguridad Jurídica implícita en el aspecto meramente formal del Derecho?

⁷⁴ García Máynez (2000). Citado por Suárez Romero, M. (2009). LA SEGURIDAD JURÍDICA... Op. Cit. Página 315.

Uno de los problemas es que el estudio de la Seguridad Jurídica se ve reducida solamente a uno de sus procesos implícitos. Bobbio analiza algunas dimensiones estimativas de la Seguridad Jurídica mediante criterios que se excluyen entre sí.

Primero, *una norma puede ser justa sin ser válida*. Ejemplifica el hecho en los sistemas de normas que se sustentan en principios jurídicos universales, considerándose justas por su coherencia con esos principios universales de justicia, pero éstas no adquieren validez si no son acogidas en un sistema derecho positivo. Es decir, su validez no se estima por el solo hecho de ser justo.

Por otro lado, señala Bobbio, que *una norma también puede ser válida sin ser justa*, sustentándose en la máxima de que no hay ordenamiento jurídico perfecto, y bajo el estricto reconocimiento de que existe un vacío entre el ideal que se tiene de ser justo y la realidad del Derecho. Esto es, la incongruencia entre la aplicación de la norma que se sabe es lícita, aunque sea injusta.

También refiere *las normas que pueden ser válidas sin ser eficaces*. A lo que podría añadirse que hay normas válidas y justas pero que resultan ineficaces. Considérese acá una explicación a la denuncia constante ante la desaplicación de la Constitución. Existe una normativa fuertemente estructurada, pero poco operativizada, esto por diversas situaciones. Valga señalar como ejemplo el caso de las leyes ambientales que regulan las actividades económicas, mismas que son justas en tanto que satisfacen la necesidad de salubridad del entorno natural y la sociedad, y que son válidas en tanto que se concretizan en un cuerpo normativo vigente, pero ineficaces por su incumplimiento socio ambiental.

Una norma también puede ser eficaz sin ser válida. Aquí Bobbio se basa en las normas que se cumplen habitualmente y de manera espontánea, pero que no son acogidas por el sistema normativo, es decir, por el solo hecho de ser cumplidas, no llegan a ser parte del sistema normativo. Ejemplo de ello lo

constituirían algunas manifestaciones culturales de los pueblos ancestrales, cuyas prácticas denotan costumbres en consonancia con los ideales de convivencia social armónica, pero que no son reconocidos dentro del sistema normativo jurídico, sino solamente dentro de las normas de coexistencia de su propio círculo social. Una costumbre puede resultar eficaz, apunta Bobbio, pero eso no precisamente la vuelve norma jurídica.

Y, el último criterio de Bobbio que se retoma para efectos de este análisis es el de *una norma que puede ser eficaz, pero no es justa*; ante lo cual manifiesta que el hecho de que una norma sea respetada no demuestra su justicia, o contrariamente, el hecho de que una norma no sea respetada, no demuestra su injusticia. En este punto se arriba a la misma situación descrita con anterioridad por García Máynez, de la existencia de Ordenamientos jurídicos que no son justos.

Desde la corriente filosófica opuesta, es decir, desde el positivismo, la seguridad no es un valor por sí mismo, pues se le adjudicaría un contenido que en realidad no posee. El criterio diferencial de Kelsen entre el Derecho y la moral, es contundente en su apreciación de la idea de “pureza” de la Teoría del Derecho, considerándola como normativa autosuficiente, autorreferente y coherente. De manera drástica, Kelsen separa la realidad del Derecho en la distinción Kantiana entre “ser” y “debe ser”, donde éste último no es un “debe ser” ético, sino que sitúa en este ámbito a la naturaleza lógica y formal normativa del Derecho⁷⁵.

Kelsen entiende toda norma moral como relativa, sin correspondencia entre las normas del derecho y las de los sistemas morales. El Derecho es visto de forma muy neutral, sin condenarlo como injusto, o defenderlo como justo, constituyéndose en una postura muy realista y empírica. Por su lado, Hugo Machado de Brito, no concibe la seguridad jurídica como un principio jurídico, sino

⁷⁵ Pérez Luño, A. (2007). TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA... Op. Cit. Página 38.

como un ideal, que en el plano de las abstracciones jurídicas, ha desencadenado polémica con la idea de justicia⁷⁶.

Para estos positivistas lógicos, cualquiera de los enunciados, son subjetivos y relativos y se limitan a ser la expresión de estados emocionales de quienes los formulan, convirtiéndose los valores en meros “ideales irracionales”.

Otra línea de pensamiento, erigida por los denominados fundadores del positivismo jurídico moderno, han creído en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido del cual se derivan todos los juicios valorativos, sosteniendo que una conducta es moralmente correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de personas, sosteniendo incluso, que tal principio está en consonancia con la naturaleza humana. Bentham es precursor de esta idea⁷⁷, que también pasa por el utilitarismo. Por estos planteamientos, Nino esgrime la postura de que la consideración de un escepticismo ético por parte de los pensadores positivistas no es real, pues aún en esta línea existe la creencia de que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y racionalmente justificables, pero no calificarán estos principios de derecho natural.

Desde el panorama que la discusión plantea, y desde el análisis de esta lid filosófica-jurídica, una de naturaleza iusnaturalista, y la otra empirista, muy defendida principalmente por las escuelas positivistas, es necesario arribar a posturas que superen la reducción de la Seguridad Jurídica sustentada en ambas corrientes.

⁷⁶ Berdugo, I. & Rivero, R. (2003). EL ESTADO DE DERECHO LATINOAMERICANO. Integración Economía y Seguridad Jurídica en Iberoamérica. Salamanca, España. Página 124.

⁷⁷ Nino, C. (2005). INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial ASTREA. Buenos Aires, Argentina. Página 428.

Según Machado de Brito⁷⁸, justicia y seguridad se constituyen en un complemento, no obstante, ambas se establecen en las raíces de las grandes corrientes del pensamiento jurídico filosófico: iusnaturalismo y positivismo, De esta cuenta, anota Machado de Brito: “en las soluciones de los casos concretos, para el positivista debe prevalecer la idea de seguridad, mientras que para el naturalista, la de justicia”⁷⁹. Desde la perspectiva positivista, la seguridad, al igual que la justicia, es un principio que requiere de una expresión legal, por lo que en aras de su prevalencia, es necesario acogerles dentro del sistema jurídico, mientras que para los iusnaturalista se constituyen en principios del Derecho natural, por tanto son la base de todo orden jurídico. En este debate, la idea de la seguridad jurídica como garantía del ejercicio efectivo de los derechos humanos que legitima la oposición a regímenes totalitarios y cuestiona la soberanía estatal, queda soterrada con la postura positivista.

Ante ello, vale examinar posturas menos radicales que permitan la asunción a esta forma de concepción.

2.5. CONDICIONES PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA

Las nociones de libertad, igualdad y seguridad, han sido acuñadas en las teorías jurídicas, precisamente por ser consideradas como derechos humanos inalienables, considerándose una carga moral de éste ámbito. Ahora bien, la satisfacción de tales derechos no solo en la construcción teórico-jurídica, sino en la vivencia ciudadana, es lo que otorga seguridad a los sujetos, situación que es estimada por quienes confían en su cumplimiento. Dicha estimación, le hace constituirse en un valor sustancial.

⁷⁸ Berdugo, I. & Rivero, R. (2003). EL ESTADO DE DERECHO LATINOAMERICANO... Op. Cit. Página 124.

⁷⁹ Ibid.

Es menester explicar la carga moral adjudicada a la seguridad jurídica. Elías Díaz, por citar algunos, defiende abiertamente el valor moral de la seguridad jurídica: *“Tener seguridad jurídica no es sólo saber que existe un sistema legal vigente, por injusto que sea, no es sólo saber a qué atenerse, no es sólo saber lo que está prohibido y permitido por un ordenamiento jurídico. Tener seguridad jurídica es eso, que es sumamente importante, pero es también mucho más; es la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible; la seguridad no sólo es un hecho, es también, sobre todo, un valor (...) No habrá, en este sentido, seguridad si no existe, al propio tiempo, un suficiente respeto a las exigencias de la libertad y de la igualdad...”*⁸⁰.

Díaz concibe la Seguridad Jurídica en consonancia con otros valores, como el de la igualdad y la libertad. Desde esta perspectiva, el valor de la seguridad jurídica trasciende lo teórico y lo fáctico, no obstante que no lo desajena de su interrelación con los valores de la igualdad y la libertad.

Montoro⁸¹ indica que valor de la Seguridad Jurídica es autonomía respecto a la estimación subjetiva y arbitraria. La norma ha de alcanzarse en su claro y original sentido y no por el que le otorgue quien ejerce la interpretación de la misma. Todo valor es objetivo. Enuncia que “el Derecho no es ajeno a la afirmación de los filósofos en cuanto a que son los valores el fundamento de las concepciones del mundo y de la vida, lo cual no excluye el ordenamiento jurídico del debate filosófico referido al carácter relativo o absoluto que los valores puedan poseer”⁸².

⁸⁰Díaz, E. (1980) citado por García Manrique, R. (2005). ACERCA DEL VALOR MORAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA... Página 9.

⁸² Montoro Ballesteros, A. (1993). DERECHO Y MORAL...Op. Cit. Página 17.

García Manrique⁸³ por su lado, asume que la seguridad se obtiene al aplicar determinadas técnicas, principalmente normativas. Bajo esta acepción, la seguridad se entiende como la eficacia de un sistema jurídico, alejado de toda carga subjetiva, por sí misma inherente a una acepción axiológica; o sea que cualquier derecho del ser humano se entiende como la satisfacción de protección de un determinado bien, mismo que se obtiene mediante el establecimiento de las normas oportunas.

Desde esta línea de pensamiento la seguridad descansa en el producto que se obtiene de otros procesos jurídicos (o técnicas, en términos de García Manrique) y no se relaciona con una bondad ética propia de la seguridad, sino de la “bondad ética del uso del Derecho para garantizar un nivel de seguridad en el disfrute de dichos bienes”⁸⁴, es decir, la bondad de quienes recurren a alguna técnica con algún fin ético. Mientras que Goldschmidt, asegura que la seguridad jurídica no es un valor sino un bien; mismo que es valioso solo si la ley que lo atribuye lo es. El único valor que mide el Derecho para este pensador es la justicia.

Si el orden jurídico deseable es producto de la previsión de la conducta, se entiende que es la norma jurídica del Derecho la que regula externamente esa conducta. Así lo enuncia Cossio “Derecho es conducta humana en su realidad de acción permitida o impedida por la conducta ajena en el ámbito coexistencial de todas las vidas humanas”⁸⁵. Por tanto, el valor de la seguridad jurídica se restringe al reflejo del ordenamiento positivo, es decir, se alcanza mediante el Derecho, y se ve reflejado en la certeza de los individuos. En tal caso, el Derecho se estima como un bien instrumental que permite el logro del valor.

⁸³ García Manrique, R. (1989). ACERCA DEL VALOR MORAL DE LA SEGURIDAD... Op. Cit. Página 389.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Cossio (1996) Citado por Madariaga, M. (1993). SEGURIDAD JURÍDICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA... Op. Cit. Página 26.

En la misma línea, Norberto Álvarez⁸⁶ concibe a la seguridad jurídica, más que un valor, como un interés protegido por el Derecho que nos protege, y cuya vigencia no es sólo formal, sino además real, esto es, que se aplica por los tribunales. También lo fáctico toma relevante importancia en la postura de Álvarez, pero la confianza radica expresamente en la actividad normativa.

Liborio Hierro⁸⁷, define la seguridad como una consistencia del sistema normativo, lo cual se puede interpretar como el derecho que tiene todo ser humano a la protección de su vida, su integridad física y moral, su libertad de acción frente a la acción ajena y a que los límites de su libertad queden establecidos por reglas generales, consistentes y claras, preestablecidas, públicas y eficaces. En tal acepción se unifican el derecho como valor humano y el Derecho propiamente dicho.

Felipe González Vicén, enuncia que la seguridad jurídica es un “valor inmanente al Derecho, y lo es, porque establece la certeza en las relaciones sociales, y verifica uno de los fines esenciales del Derecho que es el aseguramiento de las relaciones humanas de convivencia”⁸⁸. Un determinado ordenamiento jurídico se instituye teniendo a la vista consideraciones axiológicas, es más el Derecho es un medio por el cual se persigue el cumplimiento, no solo de normativas coercitivas, sino también de ciertos valores, por ello mismo el Derecho se constituye en un bien, que debe, ante todo, *ser*. Los valores como orden, paz, justicia, pueden existir en forma independiente de la justicia, pero la seguridad es la que se instituye como único valor jurídico, específico del Derecho para el cual es una condición necesaria y suficiente de su existencia.

⁸⁶ Álvarez, N. (1997). Citado por Berdugo, I. & Rivero, R. (2003). EL ESTADO DE DERECHO LATINOAMERICANO... Op. Cit. Página 122.

⁸⁷ Hierro, L. (1997). Citado por García Manrique, R. (1989). ACERCA DEL VALOR MORAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA... Op. Cit. Página 15.

⁸⁸ González, F. (1985) Citado por: García Manrique, R. (2005). ACERCA DEL VALOR MORAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA... Op. Cit. Página 11.

Mónica Madariaga Gutiérrez, identifica a la seguridad jurídica como un valor de “situación”, desde el momento que el bien en que encuentra cumplimiento real no consiste... ni en la conducta de seres libres en cuanto tales, ni en cosas del orden físico o real, tampoco en el Derecho mismo; sino porque es un modo posible de *ser*, que se constituye en el modo de la vida humana, de la vida del individuo que se siente seguro, de la vida colectiva que se desenvuelve en un orden preestablecido. Concluye diciendo que, “el Derecho que cumple con los mecanismos lógicos de la seguridad jurídica es en sí valioso, pero que de nada sirve su valor en ausencia de un sujeto que lo aprecie”⁸⁹.

El Derecho por tanto, se constituye en un “bien instrumental” cuya intermediación permite la realización de valores. Desde esta línea de pensamiento el Derecho positivo se constituye en un útil ente mediático entre los valores y la conducta de los seres humanos, en tanto que satisfaga la necesidad de realización de los valores demandados. El Derecho es resaltado no como un fin, sino como un medio que cumple una función relevante, la realización de valores, es decir, que “sirve para que valgan otras cosas por él”⁹⁰.

Reconoce además Madariaga, que cualquier valor puede encontrar en el Derecho un medio eventual para “poder ser” en la vida social, pero si hay uno que requiere obligatoriamente del Derecho para “poder ser” en la vida social y lograr su existencia, es la Seguridad en tanto sea de carácter jurídico. Pues, la justicia, la belleza, la solidaridad, la cooperación, se hacen valer aún en espacios no jurídicos, en espacios morales o religiosos, pero la Seguridad Jurídica encuentra su razón de ser en el cumplimiento justo del Derecho.

Ahora, la moral, aunque implica la obtención de la justicia, la libertad, la paz, no brinda en forma *per se* las condiciones de certeza, inmutabilidad e

⁸⁹ Madariaga, M. (1993). SEGURIDAD JURÍDICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA... Op. Cit. Página 32.

⁹⁰ Ibid. Página 27.

intangibilidad que son necesarias en el espacio jurídico⁹¹, por ello, Seguridad Jurídica es certeza que deriva de las normas jurídicas, así la arbitrariedad como otros vicios, estarían violentando la seguridad.

En este orden de ideas el sujeto es activo en tanto que conoce a qué normas atenerse a qué aspirar, qué desear en función de las normas jurídicas vigentes; y el objeto -el Derecho- se establece como el bien que satisface esa necesidad humana. La actividad del sujeto se visualiza como un estado psicológico del saber de las normas y quién debe darles cumplimiento, y la certeza o confianza depositada en la coacción que pueda ejercer el Estado para su cumplimiento sin arbitrariedades.

Desde la óptica de Madariaga, la Seguridad se alcanza en interacción con el Derecho y “será siempre universal en el sentido de ser comprensiva de todas las relaciones sociales sin exclusiones”, es decir, sin arbitrariedades. Así, para que haya seguridad, el Derecho ha de estructurarse en función de los principios universales para hacerle posible⁹². Para empezar, no se puede reducir ese principio al simple acatamiento de las normas jurídicas, bien sea como norma moral (sería un acatamiento natural) o como norma jurídica (coercitiva), pues estas no producen la plenitud de la certeza deseada.

Madariaga propone las condiciones para alcanzar una efectiva o genuina Seguridad Jurídica:

1. Inexcusabilidad u obligatoriedad absoluta de cumplimiento del Derecho (piénsese aquí en un Estado de Derecho con una obligación jurídica y moral);
2. Existencia de reglas de prefiguración de la licitud (las normas jurídicas);
3. Irretroactividad de los preceptos jurídicos;

⁹¹ Ibid. Página 21.

⁹² Ibid. Página 32.

4. Existencia de normas autorreguladoras de la creación del Derecho;
5. Vinculación del órgano público a las normas jurídicas, lo que implica rechazo a la arbitrariedad y la consagración de un Estado de Derecho;
6. Reconocimiento de la fuerza de cosa juzgada;
7. Prescripción (esto es, la ordenación de las conductas de forma obligatoria)⁹³.

Pese a la importante asunción de Madariaga en su análisis y su aporte en la configuración de una Seguridad Jurídica que convoca la actividad del sujeto paralelamente a la importancia del Derecho, no como fin sino como medio, la jurista se queda corta en la determinación de lo que entraña en sí la certeza, es decir ¿qué certeza es la que buscan los seres humanos tener? Reduce la naturaleza de la certeza a la “disposición positiva” en el cumplimiento de la aplicación de un precepto y a los principios de lo que ella denomina “principio de la competencia de los órganos públicos”. Este último principio, según Madariaga, se construye por un elemento objetivo o estático, mismo que es la delimitación de las atribuciones administrativas, y por un elemento de carácter subjetivo, potestativo o dinámico, representado por el poder que la administración puede ejercer dentro de ese límite. En este posterior caso, se reduce la certeza a la validez administrativa.

2.6. ESTIMACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Desde una postura jerárquica de los valores, Recaséns⁹⁴ otorga un alcance limitado tanto a la Seguridad Jurídica como a la certeza. El primer concepto es visto como un valor secundario, de tipo instrumental para la consecución de los valores superiores. Se le adjudica a la seguridad la categoría de valor, y aunque lo posiciona en un rango inferior en relación a los valores de justicia, libertad y

⁹³ Ibid. Páginas 35, 85.

⁹⁴ Recaséns, L. (2010). TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO... Op. Cit. Página 618.

otros implicados en su jerarquía, entiende que el valor de la seguridad es indispensable para el cumplimiento de esos valores superiores, constituyéndose en una condición para el Derecho. En sus palabras más certeras “para que haya Derecho es preciso que se dé un orden cierto y de seguro cumplimiento”. Además, añade, que la estimativa jurídica exige que ese orden cierto y seguro sea justo, así como favorecedor del bien común.

Recaséns asegura que aunque el Derecho se refiera a esos valores y los realice, no los contiene dentro de su concepto. Lo que sí tiene dentro de su misma esencia es la Seguridad. Ahora bien, concibe la relación Derecho-Seguridad de una forma distinta a Madariaga, que en su interpretación postula el Derecho como un medio para alcanzar la seguridad, misma que es un valor.

Sin seguridad no hay Derecho, advierte, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase, ya que si no representa un orden preestablecido de seguridad, entonces no hay Derecho. Eso sí, aunque la seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho, no es su fin supremo, mientras que para Madariaga sí lo es. El fin consiste en la realización de valores de rangos superiores, pero, el alcanzar estos valores requiere del logro de los inferiores, que son sustento, y la seguridad es uno de éstos.

Así pues, que la seguridad y el Derecho, terminan siendo desde esta línea de pensamiento, bienes que permiten el logro de valores superiores como la justicia, la libertad, la igualdad.

Recaséns es muy enfático al sostener que no hace referencia a un fin último que incurriese en absolutismo, sino a una finalidad funcional, de tipo universal. Su preocupación estriba en demostrar que ni la seguridad, ni la certeza son absolutas “sino limitadas y relativas”⁹⁵. Aquí es donde el jurista desborda de

⁹⁵ Ibid. Página 225.

la idea psicológica de la certeza, o de la certeza que produce la confianza en la normativa jurídica prescrita o los órganos que la regulan y aplican, indicando que lo que importa no es cualquier tipo de certeza sino la que se entiende como pauta de justicia. Es decir, no se trata solamente de estar seguros porque sí, sino de que sean alcanzados otros bienes valorados, como la justicia y la igualdad, que se pueden constituir también en oportunidades para “el progreso, la aspiración de mejora, el cambio”.

Otro aporte de Recaséns es la reorientación teórica que otorga al ordenamiento jurídico, que bien puede pensarse en términos estáticos, dada su función “estabilizadora”. No obstante, se asume que la sociedad es dinámica y cambiante, y que en ese sentido las leyes pueden autorregularse en ocasión de esos cambios. Sobre esto ha de señalarse que tampoco puede incurrirse en transformaciones constantes que resten validez y confianza al Derecho, y por ende se pierda la seguridad.

Al respecto, Peyrano⁹⁶ contabiliza como elemento propio de la seguridad jurídica la estabilidad del ordenamiento normativo, pues la modificación constante de leyes es lesiva para la seguridad, dado que puede ocasionar confusión en los destinatarios de aquéllas pudiendo llegar a no saber a qué atenerse sobre sus respectivas situaciones jurídicas. Estos cambios, por tanto, deben hacerse con sumo cuidado y velando por su socialización genuina.

Se podría aseverar, pues, que para Recaséns, la validez radica en la existencia de un Derecho que sirve a los propósitos de la Seguridad y la certeza, para el logro de valores más elevados y del logro de las necesidades suscitadas por el cambio y los anhelos de progreso social. El orden que se dé, ha de ser justo y seguro, principalmente, favorecedor del bien común. Ese orden cierto y

⁹⁶ Peyrano, J. (2002). LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL EFECTIVO RECONOCIMIENTO DE DERECHOS: VALORES DE LA ESCALA AXIOLÓGICA DEL PROCESO CIVIL. Revista de la Facultad de Derecho No. 57. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Página 393.

seguro, aclara, se otorga en un ambiente de respeto a la dignidad de la persona. La seguridad, en todo caso, permite disponer de libertad y de disponer de lo preciso para satisfacer las necesidades.

García Máynez, retomando el asunto de la validez de la Seguridad Jurídica⁹⁷, asume que solo puede traducirse en seguridad jurídica cuando se hacen coincidir las notas de vigencia, justicia y eficacia de dicho sistema de normas jurídicas. En palabras del mismo autor, “un orden sólo es valioso cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido”. Como un valor del Derecho justo que adquiere su plena operativa en el Estado de Derecho, en vista de la Seguridad Jurídica por Pérez Luño, y no como un *factum* inmanente a cualquier sistema, conectándose con el valor jurídico básico.

El mayor aporte de Pérez Luño, es la doble acepción que otorga al término, una subjetiva y la otra objetiva. La parte objetiva se distingue en la regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones a la cual llama seguridad *stricto sensu*. Y la subjetiva hace alusión a la certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva que requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios, de manera que los sujetos de un determinado ordenamiento jurídico han de conocer con claridad y por anticipado las normas que le rigen, prohibiéndole o permitiéndole realizar algo.

En este marco de ideas, la estimación de la seguridad jurídica descansaría en la confianza de que el orden jurídico se aplica a todos por igual; de esa sensación que produce la existencia de un sistema prescriptivo de las conductas humanas y que cumple el Derecho en su realización. Pero, el conocimiento de lo que se debe hacer no es la certeza. La seguridad jurídica supera la existencia de una convicción solamente teórica, buscando su reconstrucción por el de una

⁹⁷ García Máynez. (1994). Citado por Suárez Romero, M. (2009). LA SEGURIDAD JURÍDICA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO... Op. Cit. Página 315.

seguridad de certeza práctica, sabiendo que forzosamente o no, lo inscrito teóricamente ha de llegarse a cumplir. Son las normas del Derecho público las que aseguran el cumplimiento de velar por la Seguridad Jurídica, que se trata de mucho más que una idea o un conjunto de ideas, debe concretarse en hechos palpables y efectivos.

Dentro de estos hechos, lo deseable es un Estado de Derecho que garantice seguridad a los ciudadanos, sea cual fuese el rol que desempeñan en la sociedad. Los cambios vertiginosos en todas las esferas de la vida social, redundan en cambios también en la esfera jurídica de manera que se garantice la efectividad del Estado ante los derechos demandados por la población. Pero entonces, y aludiendo a una de las dimensiones que conlleva la Seguridad Jurídica, vale cuestionarse ¿Seguridad Jurídica para quién?, ¿preside la realización de la justicia y el progreso, la seguridad otorgada por los organismos estatales? Examinemos algunas circunstancias concretas al respecto.

Un hecho que es necesario destacar es que en virtud de la expansión y la apertura mundial de la economía, la ausencia de seguridad jurídica ya no solamente repercute desde un aspecto netamente moral y afectivo, provocando descontento en el colectivo, sino que afecta también y de manera directa en el bienestar material y económico, reclamándose como una garantía del comercio internacional, o como enuncia Ávila⁹⁸, como una garantía de los ciudadanos ante ciertas medidas anti-crisis en el ámbito político, como la reducción de los salarios de los funcionarios públicos. Es de advertir aquí, que también se constituye en un elemento de integración social, en tanto que se vincula con la igualdad en la aplicación de la ley.

⁹⁸ Ávila, H. (2012). TEORÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. Cátedra de Cultura Jurídica. Marcial Pons. Madrid, España. Recuperado de: <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689724.pdf>. Ubicado en: Febrero de 2015. Página 4.

La celebración del Congreso Internacional sobre Seguridad Jurídica en Girona, en junio de 2013, evidenció con mucha claridad los vicios que subyacen al tema de la seguridad jurídica, principalmente dentro del marco económico. Ciento veinte organizaciones que pertenecen a los cinco continentes del mundo, denunciaron que la principal herramienta de lo que denominaron una “mal llamada seguridad jurídica” son los Tratados de Libre Comercio y los Acuerdos Internacionales de inversiones que otorgan derechos sin precedentes a las empresas e inversores extranjeros, en detrimento de los mismos derechos humanos y la idiosincrasia económica, política, jurídica y social de los países.

La declaración puntual de las denuncias se presentan de forma sucinta en los siguientes términos: *“Estos tratados permiten a las multinacionales usar los denominados mecanismos de arbitraje entre inversores y Estados, mediante los cuales una empresa privada extranjera puede omitir los cauces legales normales de cualquier país y denunciar a los Estados a través de tribunales arbitrarios de dudosa transparencia como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que suele fallar a favor de las corporaciones. De esta manera las grandes empresas pueden presionar coactivamente en contra de leyes estatales que impliquen una mejora de la legislación ambiental y laboral”*⁹⁹.

Las denuncias hablaron de despidos masivos por parte de las empresas transnacionales, de abuso, de fraude, de asesinatos de activistas (caso de la empresa de Gas natural Fenosa), aumento abusivo de tarifas por servicio de energía eléctrica, problemas ambientales, violaciones a los derechos humanos, entre otros.

En tales casos, la validez de la Seguridad Jurídica fue efectiva, pero no precisamente para los ciudadanos y los trabajadores, no se intentó una

⁹⁹ Mena, J. M. (2013). SEGURIDAD JURÍDICA ¿PARA QUIÉN? Revista La Lamentable. 6 de junio de 2013. Barcelona, España.

minimización de los convenios colectivos que permitiesen una protección para los trabajadores y los ciudadanos, o que se actuara jurídicamente a favor del empoderamiento de los microempresarios y los grupos sindicales.

Ante estos hechos que se denuncian, cabe indicar que la Seguridad Jurídica se realiza en tanto que la ciudadanía prevé, conoce y es consciente de la existencia de un Derecho que se asume como un medio para mantener el orden social, pero entendido este no solamente como la estabilidad que se alcanza por medio de la coacción de la conducta, sino también como el logro de satisfactores más elevados, como por ejemplo la justicia y otros valores de igual relevancia para la humanidad, mismos que han de ser vistos dentro de un contexto no exclusivo, sino del bien común.

Por otra parte, es de empezar a cuestionarse dentro del marco de esta investigación y hacia lo que apunta, el lugar que ocupa la Seguridad Jurídica en la escala de valores de un Estado como el nuestro, si forma parte o no de su agenda política y cuáles son las medidas que se están tomando para tratar de alcanzarla, como parte de un proceso de estabilidad económica y social.

CAPÍTULO III

LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA: SU ESTRUCTURA Y DESARROLLO

3.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La vida en sociedad no siempre asegura las facilidades para que los seres humanos satisfagan muchas de sus urgencias, o el cumplimiento de los objetivos que se proponen. Muchas veces, un sin fin de dificultades, principalmente de carácter social, inhiben el logro de los legítimos bienes. Estas situaciones, escapan del control del ser humano que las sufre, por no situarse en el ámbito en el que pueda solucionarse, o pudo preverse, por disposiciones internas del sujeto, sino que se debe más a desajustes sociales; o bien sea, a condiciones naturales combinadas con las sociales.

Dado que tales amenazas son resultado de una determinada estructura social, es la misma sociedad la que debe remediar o solucionar tales dificultades y así asegurar los derechos de los individuos, tanto de manera individual como social.

Las formas en que en la actualidad se configuran las normas jurídicas y las de seguridad social, podría advertirse que en alusión a los llamados derechos sociales, económicos y culturales del hombre, éste tiene derecho -entendido al menos en términos axiológicos- a que el orden jurídico de la sociedad le suministre condiciones y servicios de seguridad, educación, igualdad de oportunidades y de protección al trabajo en un nivel humano, digno y justo.

Y bajo el axioma socialmente aceptado, de que las instituciones sociales, incluida La Nación y todo El Estado, son considerados instrumentos al servicio de los hombres, y no al revés, el hombre para servir al Estado, es menester que éstos y mayormente El Estado, cree, disponga, facilite y promueva los medios, las

condiciones y los servicios, para realizar en la mayor cuantía que la situación lo permita, las exigencias de la justicia, no solamente de la esfera de lo personal o individual, sino también en lo material y económico.

La efectividad de las regulaciones jurídicas establecidas depende de las prestaciones positivas por parte del Estado en materia del establecimiento de instituciones y servicios públicos que aporten las prestaciones correlativas. Aunque, se reconoce el hecho de que las prestaciones otorgadas, así como la cuantía y la eficacia de las instituciones y órganos proveídos, dependerá de los recursos y posibilidades de los que el Estado disponga.

Por ello es que muchas normas jurídicas pueden inhibir comportamientos humanos en cualquier esfera, pero no se provee la capacidad para generar otras opciones que les permitan satisfacer sus necesidades de manera legítima. Sin embargo, enuncia Recaséns¹⁰⁰, que los progresos que el Derecho contemporáneo de muchos países ha conseguido en esta materia de seguridad social, sobre todo en el área económica, han creado nuevos esquemas de cooperación que hacen posible la implantación efectiva de tales servicios en casi todos los Estados. Pero Recaséns no menciona que muchas veces, estas formas de cooperación se otorgan de manera condicionada, aliviando algunos de los desajustes sociales, en detrimento del desarrollo de satisfactores que ya se habían asegurado.

En el ámbito de la seguridad jurídica, en esencia, concomitante con un Estado de derecho, los órganos del Estado sirven a la voluntad de éste como ente que pretende el bienestar de los ciudadanos, pues al dejar de hacerlo pierden la razón de su existencia. Esta voluntad del Estado ha de ser vista como la resultante efectiva de los seres humanos que lo componen o la conjunción de fuerzas que integran la comunidad política.

¹⁰⁰ Recaséns, L. (2010). TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO... Op. Cit. Página 606.

Para Recaséns, voluntad del Estado desde el punto de vista jurídico, se refiere a una serie de actos realizados por determinados hombres que pertenecen a un órgano determinado, y que son atribuidos a un sujeto ideal supuesto tras de ellos (el propio Estado). Pero ha de entenderse que la norma jurídica es la que determina cuál es el hombre que tiene el carácter de órgano del Estado y los actos que se le imputan. Así, el Estado es solamente un “punto ideal de convergencia”¹⁰¹ por lo que la estructura jurídica de esta relación no se ubica en el ser mismo del Estado como entidad real, sino que jurídicamente.

3.2. ESTRUCTURA DE LA SEGURIDAD

La voluntad del Estado, que se ve manifestada en un sistema normativo, o como sistema de Derecho vigente, ha de ser efectiva en el alcance de los fines humanos y enmarcarse en el objetivo sustancial del ordenamiento jurídico, principalmente en el primordial deber del Estado que es la Seguridad Jurídica.

Dentro del ámbito del Derecho, los asuntos de la seguridad jurídica se diversifican en función de los objetivos que persigue, de tal manera que pueda contemplarse desde diversos puntos de vista, entre ellos:

a) Desde el campo del Derecho Penal, se habla de una seguridad ciudadana, por la que el Estado al prevenir el delito garantiza a los ciudadanos su libertad y el ejercicio de los derechos más elementales.

b) Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la seguridad jurídica es la garantía del ciudadano frente a los posibles abusos de los poderes públicos, en especial frente al poder legislativo que ha de dotar al ordenamiento jurídico de una normativa clara y precisa.

¹⁰¹ Ibid. Página 351.

c) Y desde el punto de vista del Derecho Privado, la “seguridad jurídica” hace referencia a la certeza y previsibilidad en el campo de las relaciones jurídico privadas. En este último marco se encuadra la **seguridad jurídica preventiva** cuyo objetivo es garantizar en el tráfico jurídico la paz social, la libertad civil, el desarrollo de la economía y el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico¹⁰².

En el contexto de la justicia como razón del Derecho, puede hablarse también de una objetividad de la justicia, cautelar y social, operativizada en la seguridad jurídica preventiva¹⁰³. La seguridad jurídica preventiva es entendida como un derecho de los ciudadanos en tanto que necesitan estar seguros de que los procedimientos de los poderes públicos son eficaces jurídicamente y que las acciones ciudadanas e institucionales, entre otras, son tuteladas adecuadamente. La garantía de este derecho requiere de herramientas precisas y eficaces, de una estructura idónea para dar estabilidad y certeza tanto a las relaciones jurídicas como a los derechos en general.

Además, como un instrumento que evita el riesgo de la incertidumbre, la seguridad jurídica preventiva se explica como la modalidad orientada a evitar los riesgos del futuro, incluso los judiciales y a revestir a las relaciones jurídicas de aquellos mecanismos más idóneos para impedir la conflictividad futura. En otros términos, se constituyen en mecanismos técnicos jurídicos orientados a promover la seguridad en las relaciones jurídicas con el fin de evitar que los conflictos se produzcan. En el ámbito del ordenamiento jurídico garantiza los máximos niveles de protección que en sus actos y negocios jurídicos adaptan sus comportamientos a las previsiones legales, utilizando los instrumentos destinados a proporcionar certeza y mayor eficacia a tales actos o negocios.

¹⁰² Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON LOS EFECTOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y EL CATASTRO. Revista Dialnet. Historia y Protocolos 59201. Santa Cruz de Tenerife. España. Página 2.

¹⁰³ Figueiras, M. (1993). Citado por Castellano, R. (2005). ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA. Factores de Desarrollo. XV Congreso Internacional de Derecho Registral. Fortaleza, Brasil. Noviembre 7-10-2005. México. Página 6.

De esta manera, la seguridad jurídica garantiza eficacia y validez en los contratos y provee estabilidad, permitiendo la existencia de un mundo donde se pueda contar con un grado elevado e importante de fijeza dentro de la vida jurídica¹⁰⁴. Ahora, estos mecanismos que proveen estabilidad, no son sino la acción formal del derecho, misma que es ejecutada por sus aplicadores; por eso enuncia García Manrique que “la justicia formal es condición necesaria de la seguridad jurídica”¹⁰⁵.

Los aplicadores enunciados no son otros sino las instituciones prescritas del **sistema notarial** y el de **registros públicos**, constituyéndose en procesos cautelares para prevenir o solucionar los conflictos.

3.3. EL FACTOR NOTARIAL

El notariado, cuyas actividades tienen la característica de seguridad jurídica preventiva, es la más antigua de las referidas. La existencia del mismo sistema de notariado, es un resultado de la necesidad de la prevención de la seguridad jurídica que se basa “en la tradición jurídica del sistema latino-germánico, en el que a través de una función delegada del Estado, el notario ejerce un formalismo hecho de verificaciones y controles previos, cuyo objetivo consiste en garantizar un contrato seguro y equilibrado que permita evitar contenciosos”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ministerio de Justicia. Abogacía General del Estado. (2003). LA MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN ESPAÑA. 4, 5, y 6 de septiembre de 2001 y El ámbito privado del sector público, 11,12 y 13 de diciembre de 2002. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. Páginas 153 y 154.

¹⁰⁵ García Manrique, R. (1989). ACERCA DEL VALOR MORAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. Op. Cit. Página 46

¹⁰⁶ Tarregón, E. (2014). LA FUNCIÓN SOCIAL DEL NOTARIO: LA SEGURIDAD JURÍDICA. El Confidencial. (8/03/2014). Recuperado de: http://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2014-03-08/la-funcion-social-del-notario-la-seguridad-juridica_98751/. Ubicado en: Mayo de 2014.

La explicación de su intervención la da Nery Roberto Muñoz¹⁰⁷, cuando hace referencia a que en las primeras agrupaciones humanas no necesitaron de Notario, pues por reducidas permitían que los actos jurídicos fueran conocidos por todos, pero la invención de la escritura aceleró el proceso y se requería de alguien que aparte de saber escribir, conociera las formalidades que fueron sustituyendo los antiguos ritos o solemnidades, para dar a la expresión de voluntad, un sentido inequívoco y con ello, dotarle de seguridad jurídica.

A diferencia del sistema jurisdiccional que juzga y sanciona conflictos, el sistema notarial los evita, otorga certeza, confianza y seguridad de que se evitarán las contiendas con los respectivos costes que los procesos provocan, constituyéndose en un proceso que brinda objetividad al negocio. Ya decía el aforismo de Joaquín Costa: “notaría abierta, juzgado cerrado”.

La seguridad jurídica de los procedimientos notariales se conserva en la solemnidad del instrumento público y su permanencia. En términos de Muchica¹⁰⁸ la función notarial es piedra angular del sistema de seguridad jurídica preventiva así como el sistema de registros públicos. Esta acepción de Muchica obedece al hecho de que la seguridad jurídica no solamente es un conjunto de mecanismos jurídicos que tienden a asegurar o garantizar no sólo los bienes supremos de la persona (como la libertad, la protección a su integridad física, entre otros), sino también hacia la seguridad de los bienes jurídicos como justicia social, y entre estos las relaciones jurídicas privadas. Por tal, y aunque la naturaleza jurídica de la función notarial es el del Derecho Público por provenir de los poderes del Estado y la ley, también suele ser privada y legal, en tanto que abarca a los terceros y sus atributos derivan de la ley.

¹⁰⁷ Muñoz, N. (2014). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO NOTARIAL. 16ª Edición. Infoconsult Editores. Guatemala. Página 7.

¹⁰⁸ Muchica, H. (2009). BREVES REFLEXIONES ACERCA DE LA JUSTICIA PREVENTIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA. Revista Jurídica de la Asociación Distrital de Magistrados de Tacna “A prima luce”. Volumen 02, Año I. Mayo del 2009. Perú.

De tal manera que podría ser un error circunscribir su actuación a un servicio estrictamente de carácter público, porque a nivel mundial, una mayoría de los países, cuentan con el principio constitucional de protección al consumidor. Aunque vale aclarar que este aspecto se constituye más en un deseable por la complejidad de las relaciones mercantilistas de la nueva era económica, para proteger los intereses del consumidor.

No obstante, esta idea de la función notarial en el ámbito privado, también es necesario analizarla dentro de un estricto pensamiento juicioso y dentro del ámbito axiológico y reflexivo, de manera que no se incurra en la tergiversación de lo que implica el Derecho material, como se verá más adelante.

La conclusión a la que la IX Jornada Notarial Iberoamericana arribó en relación a la función notarial, resalta su naturaleza nítidamente preventiva de litigio. Establece que su intervención tiene lugar con anterioridad al conflicto. Ya que mediante la educación, instrumentación de los actos jurídicos y contratos, evita a las partes que se generen posteriores discrepancias.

Esto es lo que justamente se ha venido enunciando, que la intervención notarial brinda al ahorro -en disgustos y costos- de la instancia judicial.

Se considera que el coste de la intervención notarial es muy inferior a los costos sociales y económicos que se generan cuando se prescinde de su intervención¹⁰⁹. Tal previsión del ahorro de conflictos como de los costos, debe apreciarse y defenderse como un bien que promueve el notariado en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva.

De igual manera, en la IV Jornada Norte, Centroamérica y el Caribe de la Unión Internacional del Notariado, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, citado

¹⁰⁹ Ibid.

por Muñoz¹¹⁰, manifiesta que a través de los siglos el género humano necesita de un personaje que lo aconseje, que le redacte sus instrumentos, que le dé seguridad jurídica, de tal manera que el notariado responde a una necesidad del espíritu humano universal.

El orden público es otro aspecto de previsibilidad proclive de la función del Derecho notarial. En el análisis sobre la función notarial, la generalidad de los autores coinciden en que la fe pública notarial se constituye en una garantía de seguridad jurídica que da el notario, tanto al Estado como al particular, determinando que el acto se otorgó en conformidad con el Derecho y que lo relacionado con él es cierto. Además, coadyuva en gran medida a la generación de confianza, hecho que se constituye en un bien preciado en tanto que en un clima de ésta índole, se favorece la cohesión social, las expectativas mutuas, la gobernabilidad y la capacidad de concertación entre Estado y sociedad.

Es pues en ese espacio mediático entre entidades o sujetos y como una institución que asegura con antelación la certeza de los procesos para evitar conflictos, que el notariado ha surgido y evolucionado, aunque a lo largo de la historia del Derecho, sus sistemas y aplicaciones han ido variando en función de las necesidades, y por qué no decirlo, también de intereses muy marcados. Pérez Delgado¹¹¹, hace alusión a los orígenes del notariado como forma de regulación de las relaciones particulares entre los hombres, mismas que en el proceso de civilización de las sociedades, y seguramente por la complejidad que la estructura social alcanzaba en los procesos económicos y los puramente sociales, se iba transformando. Fue precisamente, el afán de lucro lo que movilizó a los sujetos con el fin de establecer intercambios de frutos en remotos países, generando necesidades nuevas en la vida social y con ellas las relaciones de derecho resultaban ser más complejas. Tales exigencias obligaron a generar medidas que

¹¹⁰ Muñoz, N. (2014). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO... Op. Cit. Página 3.

¹¹¹ Pérez Delgado, G. (2008). BREVE HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO EN AMÉRICA LATINA Y GUATEMALA. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento de Investigaciones y Publicaciones. Universidad Rafael Landívar. Página 12.

validaran las transacciones. De hecho, la gran mayoría de los contratos que hoy informan el derecho, se encuentran en la época histórica, desde un simple esbozo hasta una constante evolución y desarrollo.

La misma historia de las antiguas civilizaciones, también da cuenta de que probablemente la simple palabra del hombre no bastaba para la prueba y entonces se recurrió a los testigos. Más tarde se estableció que los testigos podrían ser sobornados, o resultar frugales de memoria, por lo que se establece la escritura de contratos. Pero dadas las dificultades, quizá en la imperdurabilidad, de los materiales utilizados (ladrillo, piedra, *papyrus*) para tal fin, el contrato pasó ante un hombre probo, respetable, honrado, que le presenciara y conservara en su poder el documento original para asegurar su perdurabilidad y así certificar que era el mismo otorgado entre las partes que se obligaban. Es bajo esta lógica, que Pérez Delgado visualiza la formación del Notariado, adjudicándole la ventaja de ser un medio indudable y seguro de prueba de las relaciones privadas de los hombres.

La historia del notariado en una función más seria se remonta hasta los antiguos sumerios, a los egipcios (cuyos escribanos elaboraban documentos concernientes al Estado y a los particulares con la autenticidad del sello estampado de un sacerdote o el magistrado), pasando por los hebreos y sus *síngrafos* que formalizan contratos por escrito, y sus *mnemon* o archivadores de los textos sagrados. Luego, en la Grecia clásica, con los "*mnemones*" griegos, o más adelante en Roma con los "tabeliones"¹¹², quienes se dedicaron a la redacción de instrumentos y al archivo de los mismos.

Se cree que en su etapa final de evolución, se asumieron los caracteres distintivos del conocido Sistema de Notariado Latino: El hombre versado en derecho, el profesional, el consejero de las partes, el asesor y redactor del

¹¹² Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO...Op. Cit. Página 2.

instrumento. Podría afirmarse que en ésta época se regula el notariado desde un marco positivo contribuyendo de manera decisiva a la actual institución del notariado latino.

La Edad Media, fue una época que no contribuyó con el desarrollo del notariado, provocando su estancamiento y retraso, pues su función se hace sesgada e infuncional para su evolución institucional, en ese contexto en el que los Señores Feudales se atribuyen el dominio directo de todas las tierras y todos sus vasallos le deben obediencia, interviniendo por medio de delegados en todos los contratos y testamentos. En ésta nueva rutina, el papel del notario cambia del servicio a los intereses de las partes contratantes para convertirse en el sujeto que vela por los intereses de su señor, dando autenticidad a estos actos parcializados. La causa de estos síntomas de retroceso, como explica Muñoz¹¹³, fue el desmembramiento y disolución del Imperio romano.

Tras la apropiación de ésta función por la clase sacerdotal, el ejercicio del notariado fue propio de las congregaciones conventuales o monásticas. Todo acto o contrato era otorgado ante un religioso o monje en presencia de varios testigos, quienes pertenecían a la clase de los nobles y era frecuente que estamparan el sello de sus armas o blasones a lado de sus firmas. Esta forma notarial prevalece hasta su prohibición por el Papa Inocencio III en el año 1213. A partir de allí, los contratos y actos notariales se celebraban en presencia de la justicia ordinaria¹¹⁴.

Cabe aquí preguntarse si el monismo ideológico presente en este sistema medieval y el parcialismo existente en el ejercicio de los notarios, dotaban de seguridad jurídica sus procesos: A *grosso* modo y desde la perspectiva del notariado y la seguridad jurídica preventiva moderna, podría advertirse que no, pues carecía de certeza y confiabilidad.

¹¹³ Muñoz, N. (2014). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO... Op. Cit. Página 9.

¹¹⁴ Pérez Delgado, G. (2008). BREVE HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO... Op. Cit. Página 14.

Aunque el principio subyacente a esta forma notarial primitiva, no supera el papel de un escribano o sobre quien residía el encargo de autorizar las sentencias de los jueces o magistrados. Lo cierto es que el Notariado tiene sus raíces en la propia sociedad de la que nace. El antecedente más próximo del Notariado actual hay que buscarlo en el Notario canónico, concedor del Derecho Canónico y Romano, al que acude el pueblo por su idoneidad técnica y moral, y por su independencia del poder señorial.

Existe la opinión de que el punto de partida diferencial, estricto de las funciones notariales que hasta entonces se sujetaban a la función de la magistratura, se da en el formalismo antiguo, al menos en sus funciones, pues la misma figura del juez ejercía la función de narración y proceso, aunque de forma separada. Algunos de los procesos efectuados durante la época, trasciende de ser un puro instrumento de coacción a ser una especificación de la voluntad expresada en la ley en forma general. Y, “en una etapa posterior, los jueces cartularios se convierten en funcionarios privados, en lo cual influyen los intérpretes inspirados en el Derecho romano, que lograron así resucitar una versión mejorada, de los *tabeliones* romanos”¹¹⁵.

Por considerarse el origen más inmediato del Derecho Notarial Latino, es de destacar el desarrollo del notariado en España, como factor imprescindible para comprender este ejercicio en América y Guatemala. El Consejo General del Notariado en España, reconoce en ciertas instituciones jurídicas romanas (como el *tabulario* romano) los esbozos de su profesión, misma que nace como tal en el siglo XII con la influencia de la Escuela Notarial de la Universidad de Bolonia.

Al final de la Edad Media y principios del Renacimiento, el notariado se considera una función pública y se substituye una breve nota o minuta en el protocolo, por el instrumento matriz y la organización corporativa de los

¹¹⁵ Muñoz, N. (2014). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO... Op. Cit. Página 9.

notarios¹¹⁶, principalmente, después de que el Fuero General de Jaca y el Fuero Real de Castilla, otorgaron a la carta sellada por notario la máxima autoridad y que el rey Alfonso X el Sabio, considerara al Notariado como una función pública y regulara su actuación con bases que se mantuvieron vigentes hasta la ley de unificación de 1862, misma que ha sido declarada en vigor como Ley Orgánica del Notariado hasta el 30 de junio de 2017.

Pérez Delgado¹¹⁷ indica que es en el Fuero Juzgo donde se encuentran expresamente nombrados los notarios, mientras que en el Fuero Real se destacaba sobre el oficio de los Escribanos, como oficio público honrado o comunal para todos los conocedores del Derecho Patrio, es decir, entendidos en el arte de la Escribanía. Entre estos figuraban los Escribanos Palatinos o Notarios gubernativos, destinados a escribir los privilegios y cartas del Rey; y los Escribanos públicos, encargados de redactar las cartas de las ventas y compras entre los sujetos. Más tarde, en marzo de 1803, Napoleón Bonaparte separaría la fe notarial de la judicial, estableciendo en el artículo primero de la Ley de Ventoso, el oficio propiamente notarial por medio de la descripción de la actividad profesional, misma que se difundiera por toda Europa con una injerencia determinante.

Se podría asegurar que la época posterior a la Edad Media se caracteriza por presentar un notariado desarrollado en los países de origen latino, y poco evolucionado en los países de origen sajón, principalmente en lo que a seguridad preventiva se refiere.

En Guatemala, el notariado resulta ser el más antiguo a nivel Centroamericano. Pérez Delgado, da cuenta del transcurrir cronológico del sistema notarial en éste país. Antes de que se instituyera como un sistema

¹¹⁶ Ibid. Página 10.

¹¹⁷ Pérez Delgado, G. (2008). BREVE HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO... Op. Cit. Página 15.

positivo, atravesó por una faceta metafísica y empírica. Sus indicios se remontan a la Época Precolombina, donde se pueden apreciar atisbos de sistema notarial. Dichos datos se evidencian en el Popol Vuh, mismo que narra la presencia de un funcionario en cada pueblo que se encargaba de registrar a los pobladores y los repartimientos de comida.

La presencia de los Escribanos en el país es naturalmente secuela del descubrimiento y posterior conquista de América del Centro y Sur. Ya desde 1543, aparece el escribano don Juan de León, cartulando en la ciudad de Santiago de Guatemala.

Hasta la independencia y la disolución de la República Federal de Centroamérica, las leyes españolas referentes al notariado se mantuvieron vigentes en el país. En aquella época, el nombramiento, recepción y admisión del escribano público, eran realizados por el cabildo o el gobernador de la provincia.

No fue sino hasta 1877¹¹⁸, que con la Reforma Liberal se crea la primera Ley de Notariado, junto al Código Civil, el de Procedimientos Civiles y la Ley General de Instrucción Pública.

Así que, es desde el nacimiento del Estado guatemalteco, que se hacen más rigurosas las exigencias para el ingreso de los notarios a tal profesión, pues con anterioridad, figuraba como un individuo cuya función se remitía al recibimiento y consignación de las declaraciones de las partes, considerado por Pérez Delgado, como un oficio más que como profesión, y como un arte más que una ciencia, principalmente porque la actuación del notario se sujetaba al deseo de otro; “más parecía simples escribanos investidos por el capricho de la ley con la facultad de convertir en cierto lo que afirmaban”¹¹⁹.

¹¹⁸ Muñoz, N. (2014). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO... Op. Cit. Página 20.

¹¹⁹ Pérez Delgado, G. (2008). BREVE HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO... Op. Cit. Página 50

3.4. SITUACIÓN ACTUAL DEL NOTARIADO

El aporte técnico de la institución notarial se encuentra destinado a un cambio sustancial en la forma de concebir el notariado en el país. Su evolución pasó de lo empírico y metafísico a su naturaleza científica y positiva, exigiéndole no solamente capacidad de redacción de los instrumentos, sino además conocimientos elementales sobre la legislación entera. Esto se traduce en que el factor notarial en la actualidad, sea considerado como un bastión dentro de la seguridad jurídica preventiva.

Quizá estos, como otros aspectos, hacen que el sistema notarial guatemalteco se diferencie en la actualidad de otros sistemas, incluso los latinoamericanos, pues se ha hecho del notariado una “profesión libre”, estableciendo ilimitada amplitud en el número posible de Escribanos, y convirtiéndose en cargo independiente, que no solo se ejerce en una jurisdicción determinada y cierta; caso contrario de otros países donde su naturaleza es de cargo público, restringido a la elección dentro de este espacio¹²⁰.

Aunque hay que reconocer que la denominación de funcionario público liberal acarrea ciertas dificultades para la definición estricta de su ejercicio en el ámbito de la fe pública. El problema es que esta definición se le adjudica aún cuando pueda parecer de una relación laboral administrativa con el Estado. En tal caso podría confundírsele con la concepción de notario que adjudica la Teoría Profesionalista, que la define como una función de carácter notarial en la esfera de la sociedad, sin vínculo alguno con la entidad de Estado, mientras que el notariado guatemalteco ejerce más una función independiente en el espacio privado, no enrolado de manera directa con la administración pública o estatal, pero la legalidad y certeza que otorga a los actos que autoriza, posee un respaldo del Estado debido a la fe pública.

¹²⁰ Ibid.

En consonancia con estos hechos, la función notarial en Guatemala se explica desde la Teoría Intermedia, la doctrina de Sanovini (citado por Lafferriere, 2008) que sostiene que el notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública a cargo de particulares.

Para Augusto Diego Laferriere¹²¹, ésta doctrina de que si la relación entre el escribano y los requirentes, es de derecho público o privado no debiera ser discutido, pues lo importante en la práctica es que la relación está regulada por la ley, sea la relación de derecho público o privado. Mientras que para Cavallé¹²² el Notario ejercita una función que emana del poder del Estado: es funcionario público y autoridad. Se trata por tanto, como señala la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, de una “delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas”.

La connotación de una fe pública reviste al notario de cierto grado de confiabilidad. Por ende, aunque no se encuentre investido totalmente por el Estado y no sea designado por esta entidad, el notario se circunscribe a la legislación Estatal, y su ejercicio es confiable en éste espacio, por ende su naturaleza también es, y ante todo, pública. Como lo sintetiza y clarifica Muñoz: “el Notario es un profesional del derecho encargado de una función pública, descartando que sea funcionario público...”¹²³, al menos en Guatemala.

En resumen, tal como todas las instituciones de Derecho, el notariado es producto de una evolución desde las actividades prácticas en la redacción de contratos hasta que la misma necesidad de legitimación y de la búsqueda del bien común obligó a la consolidación de la fe pública. En el ámbito preventivo de la

¹²¹ Laferriere, A. D. (2008). CURSO DE DERECHO NOTARIAL. Anotaciones efectuadas durante el cursado de la especialización en Derecho Notarial, realizada en 2008 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Nogoyá (Entre Ríos). Argentina. Página 266.

¹²² Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO... Op. Cit. Página 37.

¹²³ Muñoz, N. (2014). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO... Op. Cit. Página 84.

Teoría del Derecho, lo notarial se configura, principalmente, a partir del humanismo jurídico, del ius naturalismo racionalista en la Época griega y la Edad Media, y posteriormente el positivismo normativista.

En la época moderna, y en el marco del Estado de Derecho donde se desarrollan las actividades notariales, se destaca como una actividad inherente a sus funciones la asesoría técnica y profesional previo a la elaboración del documento notarial, con el objetivo de que la voluntad de los contratantes se plasme de forma segura para el futuro y de ésta forma los intereses se resguarden a salvo evitando conflictos posteriores.

Por eso mismo, existe la reiterada afirmación de que el deber del notario es más amplio que asesorar, pues en las actitudes de interpretación, calificación, identificación y asesoramiento jurídico, otorga seguridad jurídica preventiva. En este orden de ideas y en aras de sustentar lo propuesto, siguiendo a Rufino Larraud¹²⁴, se reconocen los siguientes caracteres de la función pública notarial:

Carácter Jurídico: La fe pública es de carácter jurídico tipificada por normas jurídicas vigentes. La actividad se desarrolla en el ámbito del derecho de la vida social y su función es la idónea adecuación de la voluntad de la partes del orden jurídico.

Carácter Precautorio: En cuanto cautela los intereses privados para que no se generen conflictos. Para ello se desarrollan dos etapas: Una **cognoscitiva**, que hace referencia a la memoria (registro de la experiencia pasada, para actuar bien en el presente, pensando en el futuro), entendimiento o inteligencia (es el conocimiento del presente, de lo que quieren las partes y si se puede adecuar), razonamiento (que permite aplicar las reglas de la lógica), solercia o sagacidad (facultad del hombre de crear cosas) Y la etapa **Preceptiva:** que se refiere a la

¹²⁴Larraud, R. (1966). Citado por. Laferriere, A. D. (2008). CURSO DE DERECHO NOTARIAL... Op. Cit. Página 234 y siguientes.

providencia o previsión (encontrar el tipo legal, la adecuación), circunspección (estudiar las circunstancias del caso, para ver si pueden adecuarse a un determinado tipo legal) precaución o cautela (aconsejar las medidas para evitar el mal y conseguir el bien).

Carácter Imparcial: Una característica importante del notariado, pues el notario es “de las partes”, no de una sola parte. Connota la esencia axiológica de la actividad notarial, exigiendo un severo régimen de responsabilidades imparciales y ejerciendo una verdadera magistratura precautoria.

Carácter Público: La fe pública tiene el carácter de público en cuanto si bien una posición de doctrina minoritaria sostenía que la función del notario era privada, hoy existe unanimidad de la función pública de la función notarial.

Carácter Técnico: En tanto que la técnica es hija de la prudencia notarial, pues busca los medios que se constituyen en el documento redactado adecuado al fin necesario y confiriéndoles autenticidad y expedir copias que den fe de su contenido¹²⁵.

En el mismo marco de seguridad jurídica preventiva, como efectos de la actividad notarial moderna, se pueden mencionar la escritura pública, misma a la que el ordenamiento jurídico le atribuye efectos del que carece un documento privado, por constituirse en un documento por convencimiento social que le atribuye al documento autorizado por Notario un valor: una eficacia superior, una eficacia social, preventiva de disputas, enfrentamientos, olvidos y malos entendidos; eficacia y paz social¹²⁶.

¹²⁵ Ibid. Página 237.

¹²⁶ Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO... Op. Cit. Página 40.

3.5. SISTEMA DE REGISTROS

Un sistema muy arraigado al del Notariado es el sistema de Registros, al punto que ambos son considerados como parte de un binomio relevante del derecho por conformarse parte sustancial del sistema de seguridad jurídica preventiva vigente en los últimos años.

El sistema Registral también se ubica en el ámbito de la justicia y seguridad preventiva como órgano encargado de estudiar, proponer y aplicar políticas relacionadas con las cuestiones inherentes a la fe pública notarial y las de naturaleza registral en las materias relativas a la propiedad de inmuebles, bienes muebles y sociedades mercantiles, en los términos establecidos en la legislación vigente¹²⁷. Aunque, existen otras funciones del sistema de registros, las mencionadas son las básicas.

Su definición puede variar, pero siempre apuntan a su dimensión tutelar y de certeza jurídica. Se entiende que sistema registral es el conjunto de normas que en un país determinado regulan las formas de publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles mediante el registro de la propiedad, así como el régimen y organización de esa institución.

Mientras que para Vásquez el sistema registral “es la organización del registro de la propiedad raíz o inmobiliaria y es muy importante, porque tiene fines de publicidad de los actos y contratos jurídicos y las acciones declarativas de derecho; por ello es necesario una adecuada organización que contenga normas que garanticen la constitución, autenticidad, legalidad, y que sirva de prueba al estar inscritos”¹²⁸.

¹²⁷ Alcalá, M. (2009). INFORMACIÓN CATASTRAL Y SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA: Un modelo de buenas prácticas. Catastro. Recuperado de: <http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct67/1.pdf>. Ubicado en: Abril de 2014.

¹²⁸ Vásquez, L. (2001). DERECHO Y PRÁCTICA REGISTRAL. Editorial Lis. 1ª Edición. San Salvador, El Salvador. Página 37.

Figueiras¹²⁹ enuncia que si la justicia es la razón del Derecho, entonces también existe una justicia objetiva, cautelar y social, de orden público, que es la razón del Derecho Hipotecario o Registral, pues facilita las transacciones a través de la publicidad de sus documentos y los derechos de acuerdo al sistema correspondiente.

El sistema de registros coadyuva al reducimiento de los conflictos entre particulares en los juzgados, y por ende a la paz social, porque en esa función de publicitar sus documentos y los derechos de acuerdo con el sistema correspondiente, facilita las transacciones de los bienes materiales.

Los registros “reducen asimetrías informativas, protegen los derechos de propiedad y clarifican a los contratantes potenciales quienes son titulares de cada derecho, de modo tal que la contratación resulte más fácil y segura, en mayor o en menor medida, según el diseño y eficacia de cada Sistema Registral”¹³⁰.

En ese marco teórico, el asunto de los sistemas de registros resulta sencillo para proporcionar seguridad jurídica entre las partes que efectúen transacciones de bienes materiales, pero en la práctica y en función del contexto, otorgar esta forma de seguridad jurídica resulta muy complejo, principalmente en sociedades con particularidades en relación a la distribución de los recursos, sobre todo los de la tierra.

Ahora, bajo el estricto entendido de que en sistema registral, se hace referencia a la técnica de llevar el Registro de un determinado ordenamiento que conlleva la publicidad registral y el medio para efectuarla, vale indicar que tal ordenamiento y el régimen jurídico de la publicidad registral, hace diferenciar el sistema registral entre una época y otra, así como entre un país y otro.

¹²⁹ Figueiras, M. (1993). Citado por Castellano, R. (2005). ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD... Op. Cit. Página 6.

¹³⁰ Castellano, R. (2005). ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD... Op. Cit. Página 8.

Estas formas diferentes en que se pueden organizar los registros y los efectos que éstos pueden tener en las inscripciones, no solo en cuanto a considerarlas declarativas o constitutivas, sino por la protección a los derechos de terceros, es lo que se considera en un sistema registral¹³¹.

En tal sentido, se puede advertir que el sistema registral es concomitante con la realidad social inmobiliaria del país respectivo, en el cual se ha afianzado y consolidado. Es análogo a todos los países, el hecho de que la regulación de los derechos reales inmobiliarios, se prevé a través del Registro.

3.6. SEGURIDAD REGISTRAL EN GUATEMALA

Durante el transcurso del tiempo, la noción de un sistema de Registro y Catastro ha estado ligada a la posición del suelo, sus modalidades y su ocupación, y por qué no decirlo, también a las concepciones relacionadas con su distribución. En la época Precolombina, por citar un ejemplo, el Derecho de Propiedad era concebido de manera distinta a las épocas sucesoras. El Popol Vuh da cuenta de una concepción comunal de la tenencia de la tierra, idea arraigada a la cosmovisión maya de que el ser humano es considerado parte de un todo, no superior a ninguna otra manifestación viviente.

Ya durante la época colonial, esta percepción del Derecho de Propiedad, es trastornada por influencia de España y aunque no se contaba con la figura del Registro, se sabe de documentos expedidos por reyes y autoridades monárquicas. Aunque también se hace referencia a la existencia de un registro de hipotecas, fundada supuestamente por el Rey Don Carlos III, el cual le adjudicó el nombre de “Oficio de Hipotecas”. Esta nueva entidad, aunque no era propiamente un

¹³¹ Muñoz, N. & Muñoz, R. (2009). DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO. Infoconsult Editores. Guatemala C.A. Página 7.

sistema de registros pero, dadas sus características, se considera un antecedente de lo que hoy es un Registro como tal¹³².

Es con el Decreto 175 en 1877, que los registros inmobiliarios son creados y establecidos conjuntamente con el primer Reglamento del Registro inmobiliario, en el cual se contemplan aspectos importantes como el sistema de folio real, inscripciones, anotaciones y tracto sucesito. También se propiciaron libros de registro por departamento que distinguían fincas rústicas de urbanas.

Así, se puede decir que desde 1877, bajo el gobierno de Justo Rufino Barrios, queda el sistema de Registro establecido como un sistema público de servicio, aunque por el momento solo se contaba con tres oficinas de registro en la ciudad capital, Jalapa y Quetzaltenango.

Nótese que la evolución del Sistema de Registro en Guatemala surge en respuesta a los acontecimientos en España, donde el Registro de Propiedad, tal y cómo aún se conoce hoy en día, surge en 1861 con la conocida Ley Hipotecaria, con la cual, también se transforma de manera urgida la Ley de Notariado, por la relación que deba existir entre el registro y el título que a él accede; configurándose bajo la idea de que un registro con efectos positivos sólo podía gestarse sobre títulos auténticos, eficaces y de calidad y un Notariado bien organizado. Posteriormente, los Sistemas Notarial y Registral en España fueron objeto de algunas reformas, y no cabe duda de que éstas obedecen a la claridad, que en el siglo XIX, se tuvo sobre el ordenamiento jurídico.

En el ámbito de la seguridad jurídica Registral, uno de los aspectos que más se ha pretendido superar es el del tráfico inmobiliario, la incertidumbre originada por la cargas y gravámenes ocultos¹³³ ante lo que España creó como un principio de protección el “tercero hipotecario”, mismo que se erige como una

¹³² Ibid. Página 54.

¹³³ Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO... Op. Cit. Página 8.

institución que otorgara garantías sobre los bienes inmuebles, consistente en la idea de que el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso que, confiando en lo que el Registro publica, será mantenido en su adquisición, aunque el transmitente no sea su verdadero dueño¹³⁴. Tal principio plantea de una forma más adecuada la idea de seguridad jurídica a través de la implementación de un eficaz Sistema de Publicidad que proporcione certeza de propiedad y combata el tráfico jurídico de una forma más eficiente.

Tras la reforma en España, se conforma allí mismo la combinación Notaría y Registro, cuyo funcionamiento permitió la configuración de un sistema de seguridad jurídica preventiva con un coste inferior a los otros sistemas, principalmente ante el de tipo Sajón; y demostró su eficacia en la prevención de litigios, dotando de gran certeza y seguridad al tráfico inmobiliario, al mercantil, las relaciones familiares, al régimen sucesorio y contribuyendo a la economía nacional.

En Guatemala, se confirma la obligatoriedad del registro durante la época revolucionaria, con la creación del Código de Notariado en 1946, adjudicándosele al notario la obligación de dar aviso de los testamentos que autorizase y de advertir a los otorgantes que debían presentar los testimonios correspondientes a los registros públicos. Quince años después, se crearía la Ley de Parcelamientos Urbanos, que regulaba los contratos relacionados con este contexto, de manera que todos debían hacerse constar en escritura pública y hacerse constar en el Registro de Propiedad.

Actualmente, y tal como se ha enunciado en relación al surgimiento y evolución del Sistema Registral en Guatemala, su sistema de registros obedece al Sistema Registral español, hecho que se evidencia en las siguientes características: La utilización del sistema de Folio real, las inscripciones se hacen

¹³⁴ Castellano, R. (2005). ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA....Op. Cit. Página 6.

a petición de las partes, la forma de los asientos registrales (por inscripción, es decir, que cada operación lleva un resumen de la operación, no se transcribe total o literalmente el documento y su duplicado se conserva en el Registro), la inscripción como medio de seguridad jurídica protegiendo los derechos adquiridos por la fe pública registral (aunque el negocio existe antes de acceder al registro), todo lo inscrito es público y se manejan de igual manera en ambos sistemas los principios registrales de inscripción, especialidad, rogación, legalidad o calificación, consentimiento, publicidad, prioridad, prelación o de rango, fe pública y legitimación¹³⁵. En fin, y haciendo alusión a que el sistema registral español es uno de los más fortalecidos legalmente y que ha demostrado ser más eficaz en la práctica, resulta un aliciente comprender que el sistema registral guatemalteco deriva de éste.

En éste punto, se ha de destacar la relevancia de los efectos del Registro en la actualidad en la vida social: Uno de ellos es **la publicidad formal**, que se caracteriza por el modo práctico con el que el Registro presta sus servicios de publicidad al ciudadano, en una forma más rápida, cómoda y quizá moderna en todos los servicios públicos, es decir, una publicidad ágil, completa y fiable.

De igual modo las entidades que prestan con garantía hipotecaria demandan seguridad, y por tanto publicidad, en el momento de dar el dinero a préstamo. Ésta sería la función preventiva del Registro, el origen y razón de ser de su existencia. Mientras que la **publicidad material** coadyuva a la producción de efectos de tipo ofensivos (protección de los adquirientes) y defensivos (relacionados con la protección del titular inscrito, mediante el llamado principio de legitimación que admite prueba en contrario a favor del titular inscrito). Y, como un efecto considerado más radical de la publicidad es el llamado principio de la **fe**

¹³⁵ De León Barrientos, M. y Gudiel, C. (2010). LA PRIORIDAD REGISTRAL. UN ESTUDIO COMPARATIVO. Curso Anual del Derecho Registral Iberoamericano. CADRI. Recuperado de: <http://www.cadri.org/la-prioridad-registral-un-estudio-comparativo/> Ubicado en: Febrero de 2015.

pública registral (lo no escrito no perjudica al tercero, la buena fe del tercero se presume siempre que no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro)¹³⁶.

En Guatemala, aún con las estimaciones sobre los efectos positivos del Registro en materia de seguridad jurídica preventiva, éste sistema aún denota deficiencias, no solo por la cobertura del sistema en sí, sino porque no siempre se garantiza en su totalidad elementos reales del contrato, ocasionando esto falta de certeza en los procesos de su ésta función pública. Hay muchos factores de por medio: tecnología, tenencia de la tierra, falta de coordinación entre los sistemas, mayor apertura a la información y a la intervención notarial.

3.7. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DISTINTOS SISTEMAS

Los sistemas registrales, como ya se ha indicado, se ajustan en relación a una determinada realidad social, política y económica, y bajo la premisa de que las Constituciones, con el fin de mantener un Estado de Derecho, han de promover cambios progresivos con la urgencia de resolver los conflictos de intereses y en aras del cumplimiento de los fines del Estado que la sociedad le impone de Justicia, Bien Común y Seguridad; resulta de urgencia fortalecer al Estado para que de protección al ciudadano ante la contemporaneidad global y neoliberal, misma que exige cambios sustanciales en la legislación y de igual forma un fortalecimiento de las funciones Notariales y de Registro.

Si en el Siglo XIX la preocupación era la protección de la libertad y la propiedad por medio del Derecho y su aplicación justa, hoy se habla de dar seguridad en un contexto de “inseguridad”. Entiéndase el término en el contexto de una sociedad de riesgo, pluralista, global y de cambios significativos y constantes en la información; así como una sociedad que se desenvuelve en un

¹³⁶ Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO... Op. Cit. Página 33.

sistema económico y bajo estructuras sociales y dinámicas cada vez más complejos.

Como enuncia Ávila¹³⁷, resulta paradójico, pero en un mundo con tanta información, existe más “desinformación”, ocasionando incertidumbre, porque a mayor información, aumenta aquello que precisa ser previamente considerado y valorado; así que el mayor conocimiento puede conducir al aumento del sentimiento de inseguridad, pues se sabe más y con ello también se conoce lo que precisa prever para el futuro. Al hombre le corresponde preverlo y dominarlo mediante la organización y la planificación, y no la adivinación. Pero la sociedad contemporánea política y socialmente tan compleja y caracterizada por los avances técnicos y tecnológicos, plantea igualmente un futuro más complejo y por momentos “imprevisible”, haciendo sentir más insegura a la sociedad.

Vale aclarar en este punto la diferencia clara entre una seguridad preventiva bajo el marco latino, de otras existentes, llámesele reaccionaria o más bien compensatoria, muy típico del sistema estadounidense, y conocida como una seguridad ultraliberal. La aclaración obedece a los puntos anteriormente postulados, que plantean la dinámica de respuesta de la seguridad jurídica preventiva ante la nueva estructura ya gestada, pero vertiginosamente cambiante y evolutiva.

La primera, la seguridad jurídica latina, se caracteriza por que se orienta a garantizar de antemano el fin pretendido, que es el de seguridad en cualquier negocio, de tal manera que un documento otorga validez y eficacia de un contrato, reflejando así el formalismo de un control de antemano que evitará conflictos posteriores.

¹³⁷ Ávila, H. (2012). TEORÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA....Op. Cit. Página 39.

El segundo caso de seguridad puede allegarse mucho al concepto de tipo anglosajón, más conocida como seguridad económica, que responde más a una seguridad de tipo reaccionaria ante un evento, de manera que si se carece de un contrato inválido que no produce sus efectos naturales, ha de existir un sujeto o entidad que responda ante el daño ocasionado, indemnizando a los perjudicados.

Este sistema, más conocido como de títulos o de seguros, es muy típico de los Estados Unidos y otros países anglosajones. En estos casos, el concepto de documento público no existe, careciendo también del necesario control de legalidad para asegurar su ejecutividad, su valor se pondera de manera posterior al control judicial.

La tendencia anglosajona despoja del carácter de justicia e igualdad que ha de estar implícita en la seguridad jurídica, aventajando al factor económico en los procesos judiciales, prestándose igualmente a favorecer acuerdos no lícitos, donde los más fuertes, en este caso, los de mayor adquisición económica, sacan provecho de las circunstancias debido al abuso de las competencias subyacentes al mismo sistema. En tal sentido no puede hablarse de una seguridad económica absoluta, sino al contrario, se trata de una seguridad relativa.

Según Cavallé¹³⁸, el sistema de seguridad jurídica en Estados Unidos se caracteriza por:

- a. No ser de seguridad jurídica preventiva, ya que carece de mecanismos que den certeza a la contratación. Sus mecanismos funcionan muy *a posteriori*, como es la indemnización del seguro.
- b. No pretender la realización del valor superior justicia. Simplemente deja de lado la justicia, que es sustituida, en el mejor de los casos, por una compensación económica, esto es, por el seguro.

¹³⁸ Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO... Op. Cit. Página 7.

c. Es el sistema menos social, por no buscar el equilibrio entre los contratantes. Solo favorece al contratante poderoso o a las grandes empresas con mayores medios económicos, frente al contratante débil. La calidad y el número de los asesores dependerán del poder económico de cada contratante, sin que existan mecanismos, como en el Derecho continental, que atenúe el desequilibrio de información entre las partes.

El sistema denota una idea positivista de seguridad jurídica, que ha demostrado vincularse con la política liberal, defendiendo procedimientos y técnicas que proveerán de certeza al individuo privado. Se soslaya el valor de la seguridad jurídica como el Derecho a la libertad, a la justicia o a la igualdad, y se considera como punto sustancial de la seguridad jurídica a la seguridad de la propiedad, como si la seguridad de los sujetos es estrictamente material, como sinónimo de seguridad de bienes, pues puede hablarse de una propiedad de la “vida”, de la “libertad”, por ejemplo; pero cuando se circunscribe el procedimiento a los bienes, el concepto y los procesos trascienden a otras dimensiones, que por lógica, obvian el sentido moral de la seguridad jurídica.

Precusores de esta idea liberal de la seguridad jurídica han sido varios. Thomas Hobbes o John Locke, de alguna manera se postularon a favor de una seguridad jurídica de lo material; pero Bentham, el iusfilósofo inglés que ha sido reconocido por su defensa de los intereses utilitaristas de la burguesía liberal europea e inglesa del siglo XIX, postula su análisis sobre este tema, al final, fuertemente concentrado con una idea de seguridad en los bienes materiales, cosificando de esta forma la seguridad jurídica y perdiendo de vista sus más elevados ideales.

Su postura atiende la seguridad en la propiedad privada, sosteniendo, como afirma García Manrique, una opción ideológica clara: “la seguridad es la esperanza generada por el mantenimiento futuro de lo que existe en el

presente”¹³⁹, pero el problema subyacente es que al igual que en la época de Bentham, hay propietarios y no propietarios, y en definitiva, al segundo grupo esta idea sesgada de seguridad no solo no les favorece sino les resulta ajena, ya que valora la seguridad del que posee por encima del que no. Si un ciudadano es privilegiado sobre otro, hay ausencia de seguridad jurídica.

Así lo señala también Madariaga, “si las normas jurídicas de una nación prescriben la igualdad ante la ley y, no obstante, el ciudadano a diario ve postergadas sus peticiones ante la autoridad porque hay otros que con sus privilegios extrajurídicos son preferidos a él, el Derecho que consagra esa norma programática no produce seguridad”¹⁴⁰.

En un sistema capitalista el resguardo de los bienes del propietario, resultan ser mecanismos básicos de su funcionamiento. La exaltación de la propiedad privada es totalmente una idea congruente con la sociedad burguesa, por eso no resulta extraño que la postura de la defensa de la propiedad privada como centro de la seguridad jurídica, se haya desarrollado de manera prominente en la sociedad anglosajona. Ahora, ajustados a una versión de seguridad jurídica como válida solo cuando el derecho es justo, entonces se puede asegurar que en el contexto donde la idea de seguridad jurídica prima lo estrictamente material, traducido en bienes o propiedades, se desestima la protección de otras necesidades básicas del ser humano, principalmente la justicia e igualdad, por lo que en consecuencia, no existe seguridad jurídica más que de manera arbitraria.

Como advierte García Manrique¹⁴¹, una cultura jurídica liberal coherente debería admitir que, si la igualdad y la libertad, no son realmente garantizadas por las leyes, entonces la seguridad jurídica no pasa de ser una noción neutra desde el punto de vista axiológico.

¹³⁹ García Manrique, R, (2007). EL VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. Editorial FONTAMARA. S.A. México. Página 108.

¹⁴⁰ Madariaga, M. (1993). SEGURIDAD JURÍDICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ...Op. Cit. Página 34.

¹⁴¹ García Manrique, R, (2007). EL VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA....Op. Cit. Página 106.

Cabe aclarar que la seguridad jurídica de lo material no se está eludiendo en el análisis anterior; la protección económica de los individuos también forma parte de su contenido en el ámbito del Derecho; pero dentro de la concepción formal de la seguridad jurídica ésta es concomitante de la justicia del Derecho, es decir, la seguridad jurídica tiene valor cuando el derecho es justo; bajo condiciones de injusticia, advierte García Manrique¹⁴² ésta no tiene valor o simplemente no existe; y como tal, entonces la seguridad jurídica se encuentra conceptualmente relacionada con la justicia del Derecho.

En el marco del ordenamiento jurídico, la seguridad es vista como la previsibilidad de los valores de igualdad, justicia y libertad; y en este orden de ideas los asuntos de la seguridad material se conciben como un Derecho materialmente justo, en términos de igualdad y libertad.

El **sistema inglés** o del Reino Unido, se caracteriza por carecer de la figura del notario. Otros países en los que ha influido considerablemente son: Irlanda, Australia y Sudáfrica. Se caracteriza por la sujeción a la Magistratura, en la oralidad en la prueba, el valor jurídico del juramento y las duras penas para el perjurio, la celeridad en la justicia y un Ordenamiento jurídico jurisprudencial.

En el tema del contrato, se caracteriza porque cada contratante se agencia de un profesional privado que ha de remunerar. De hecho, se sabe que en Inglaterra la calidad de estos profesionales es alta, por lo tanto, el costo de su contratación también lo es, por lo que en términos de costo se constituye en el sistema más caro de Europa, y aunque se constituye en un sistema de Seguridad Jurídico Real (como le adjetiva Cavallé), en realidad es desestimable en cuanto a su igualdad o en relación a otros sistemas más exitosos.

¹⁴² Ibid.

El **sistema Estatalista o de Notario mero funcionario**, se origina en los antiguos países comunistas, que se caracterizó por desestimar el asesoramiento, la ralentización y la dinámica de la contratación, con lo cual, la figura del Notario se vio mermada considerablemente desapareciendo la confiabilidad en el proceso. Hoy, los países adheridos a tal sistema, han adoptado ya en su mayoría, el sistema Latino.

La seguridad jurídica latinoamericana, como ya se anotó, sigue el modelo europeo latino-germánico, que se instituye como el más utilizado en el mundo (el 70% de la población mundial), caracterizado por el control estricto de la legalidad cuyo pilar es la escritura pública, y que se configura como función delegada del Estado.

Los procedimientos de este modelo, a través de su sistema notarial, permiten que las partes contratantes obtengan directamente la ejecución de sus obligaciones recíprocas, que trasciende incluso ante terceros, haciendo que prime la seguridad jurídica preventiva, a diferencia de los modelos cuyos pilares son los contratos privados. El costo para los ciudadanos resulta mucho más económico en relación al sistema anglosajón.

Pero, actualmente, la seguridad jurídica preventiva latina, corre el riesgo de arribar a la misma problemática subyacente al sistema anglosajón, ya que en este caso, al Estado, que mediante la actividad jurisdiccional facilita los medios eficaces para conseguir que la seguridad jurídica pública se logre *a posteriori*, se le escapa esta facilidad en el ámbito del derecho privado, pues la inseguridad tiende a manifestarse de manera más regular, mientras no se establezcan mecanismos que fortalezcan los factores que coadyuvan a esa misma seguridad.

3.8. FIN DEL ESTADO

No se puede olvidar que uno de los mínimos básicos para la subsistencia de cualquier sociedad es la seguridad, y garantizarla es una de las tareas principales de un Estado de Derecho. La falta de seguridad implica la quiebra de la convivencia y dificulta el normal ejercicio de los derechos y libertades.

Como dice Cavallé “aunque los fines de los Sistemas que configuran de Seguridad Jurídica Preventiva sean comunes, cada una tiene su misión y sus competencias bien diferenciadas, y se hace necesario recuperar un marco jurídico, y un compromiso ético de lealtad, respeto y auténtica colaboración, entre el catastro, Notarios y Registradores, donde prevalezca el interés de la sociedad frente a tácticas que sólo responden a intereses puramente corporativistas”¹⁴³.

Estas instituciones deben ajustarse y “modernizarse” en el buen sentido que el término amerita, es decir, partiendo de los objetivos que le dieron origen, haciendo prevalecer el Derecho y la Justicia.

Bajo el estricto sentido de entender el Estado de Derecho como el Estado donde gobierna la ley, y no los hombres, implica que los órganos administrativos, aparte de estar moralmente obligados, han de estar jurídicamente obligados a otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos.

En un Estado de esta naturaleza, la seguridad jurídica preventiva es vista como un bien, como un derecho de los ciudadanos que debe ser garantizado por los poderes públicos. Y, bajo esta consigna, el ciudadano necesita asegurarse de que sus actos, por encontrarse ajustados a la ley, serán eficaces desde el punto de vista jurídico, y que cuentan con la tutela adecuada de forma permanente.

¹⁴³ Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.....Op. Cit. Página 57.

Así, el Estado no solamente propicia y garantiza la certeza jurídica, sino también es un ente vinculado, proporcionando instituciones notariales, registrales y catastrales que no solamente sean eficaces y fiables en las medidas coercitivas que se impongan, sino ante todo, que se brinde certeza y seguridad en las instituciones que operan en el campo del derecho, así como en los mecanismos legales, materiales y de infraestructura, implementados para el fin preponderante de la exacta documentación.

CAPÍTULO IV

LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA COMO FACTOR DE ESTABILIDAD POLÍTICA, SOCIAL Y ECONÓMICA

4.1. ANÁLISIS CONTEXTUAL

La estabilidad de los componentes de la estructura de la sociedad solamente se entiende dentro de un sistema de orden jurídico. Un sistema social sin orden, es un sistema anárquico, de caos, de desorden. Y el orden establecido que garantice los derechos de los seres humanos, por lógica y sin ánimos de redundar en la idea, es justo. El orden enunciado, no solamente se refiere al hecho de hacer prevalecer el imperio de la ley como una expresión de la voluntad popular para sujetar unos individuos a otros, sino como se ha venido analizando a lo largo de los capítulos anteriores, también pretende la protección de los bienes (tanto naturales como materiales) del sujeto, es decir, la vida, la tranquilidad, la paz y la propiedad materializada en bienes. Por ello mismo, como asevera Ávila¹⁴⁴ el ordenamiento social involucra entre otras cosas, la promoción de la cultura y de la economía, que aseguren una calidad de vida digna.

Se ha de recordar que seguridad jurídica es un concepto de mayor alcance que el circunscrito a la función estrictamente de los componentes de la seguridad jurídica preventiva, pues en su acepción compleja trata de proteger la estructura misma del sistema jurídico.

Bajo perspectivas análogas, cuando se habla de la seguridad como uno de los fines del Estado, se entiende que se hace alusión a la seguridad social y que existen dos vertientes del concepto: una, la de la seguridad de las personas y, otra, la de la seguridad de sus bienes, y que entonces, cuando se habla de

¹⁴⁴ Ávila, H. (2012). TEORÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA... Op. Cit. Página 34.

seguridad jurídica, se hace referencia a un concepto que abarca todo. Por tanto, la seguridad jurídica es el valor que genera en cadena los diferentes tipos de seguridad.

Además, ya García Manrique advirtió que la filosofía moderna sobre seguridad, debe entenderse como respuesta a una seguridad compleja, que aunque pretendía la reconstitución social tras los conflictos religiosos propios de la época de Bodino (finales de XVI y XVII), tales movimientos (o pensamientos como en Hobbes y Locke) tenían una connotación política, económica y social, como una nueva forma de organizar y distribuir los bienes. No se habló solamente de una seguridad social que debía ser promovida a raíz del lastre que dejaba la época medieval, y que había deteriorado la seguridad entendida como orden social en el cual quedan protegidas la vida, la integridad física la libertad y la propiedad de los individuos; sino además, y como un agregado extra, también se gesta este movimiento a favor de otorgar seguridad a las nuevas relaciones económicas, en la medida en que “suponen un aumento del riesgo vinculado con cosas como el tráfico mercantil a larga distancia, la mayor dependencia del crédito o la contratación masiva de trabajadores”¹⁴⁵.

Lo que se pretende esbozar es una plataforma Estatal, jurídica, que garantizase libertades religiosas, jurídicas, pero ante todo económicas, dando paso fácil al sistema capitalista y a sus concomitantes “derechos”. No obstante, el Estado absolutista, poderoso, que resultó ser la misma amenaza hacia los fines para los cuales había sido instituido, no favorece los intereses de la burguesía.

En el abordaje que hace García de los postulados de Bodino en *La República*, Hobbes y Locke, cuya noción de orden social y seguridad jurídica se encuentra en estrecha relación con la idea de tranquilidad y paz social, busca

¹⁴⁵ García Manrique, R, (2007). EL VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. ..Op. Cit. Páginas 33 y 34.

demostrar que la seguridad jurídica es meramente instrumental, sin valor moral alguno, y que solamente se constituye en la expresión de la eficacia del sistema jurídico.

También es cierto que en la vida en sociedad, la previsión y satisfacción de la seguridad en los bienes materiales igualmente se constituye en parte importante de la realización del ser humano, otorgando paz y tranquilidad; y en viceversa, también la previsión y satisfacción de los aspectos primarios de libertad, justicia e igualdad, permiten que el ser humano, en un ambiente propicio de certeza y seguridad, se esfuerce por el logro de los bienes anhelados. O, como señala Daniel Kuri Breña: “Cuando en el sistema ordenador de la sociedad se violan la justicia y la seguridad, se atenta directamente contra la naturaleza y la dignidad humanas, se pone en peligro o se impide la realización de sus prerrogativas fundamentales; no será posible, en estas condiciones, que un hombre realice plenamente su destino material y espiritual; no será posible que trabaje, ame, ore, piense, y viva feliz entre los suyos, cumpliendo su misión y aspirando a una vida inmortal”¹⁴⁶.

En este sentido, la seguridad jurídica desborda el plano filosófico y moral, buscando también satisfacer el bienestar material y económico del ser humano. Ya no se habla solamente de un aspecto doctrinal sino de la búsqueda del desarrollo. De ahí, que la seguridad jurídica preventiva contemple con sumo cuidado el requerimiento humano de la confianza en los procesos de contratación y el tráfico jurídico en la adquisición, tenencia o propiedad de bienes, en tanto que a la vez, contribuyen con la configuración de una sociedad con menos conflictos. Falta añadir, no obstante, que tales procesos se desenvuelvan en un ambiente justo para lograr su cometido.

¹⁴⁶ Breña, K. Citado por Castellano, R. (2005). ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA... Op. Cit. Página 4.

En términos generales, tanto en el ámbito de la justicia formal, como material, la seguridad jurídica preventiva confiere orientación y un nivel de certeza de un sistema económico estable y de la satisfacción de la adquisición y tenencia de los recursos o bienes humanos. Es necesario analizar a la seguridad jurídica desde un punto de vista práctico, asegura Oropeza, “ya que si una maquinaria jurídica no funciona de manera regular y previsible, no sería posible planear ningún plan económico de gran alcance, y todo el tráfico jurídico retrocedería hasta una fase primitiva”¹⁴⁷. El hecho es que no existe generación de riqueza sin seguridad económica.

En la misma línea de pensamiento, Vives aporta que, en materia de inversión, la actividad empresarial se caracteriza por la legítima búsqueda de un rendimiento económico adecuado y con sostenibilidad a largo plazo. Requiere sentirse confiada respecto al sistema jurídico, y no se puede pensar en inversión económica, en un medio en el que prive la conflictividad. Esta actividad no armoniza con la incertidumbre que producen las estructuras legales poco o confusamente definidas y con la inseguridad derivada de regulaciones insuficientes para cubrir jurídicamente las situaciones y contingencias habituales que pueden darse en el ámbito de las operaciones comerciales.

Por esta razón, no cabe duda de que el desarrollo económico de cualquier país, depende directamente de su sistema jurídico, pues únicamente contando con un marco normativo previsible, adecuado, que se anticipe a los posibles riesgos, se puede crear una base sólida para el desarrollo de negocios y nuevos proyectos.

¹⁴⁷ Oropeza, A. (2000). LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. UNAM. Recuperado de: www.jurídicas.unam.mx. Ubicado en: junio de 2015. Página 62.

4.2. SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ESTADO

De lo expuesto, no se puede hablar de seguridad jurídica en un sistema en el que no se consolide la previsibilidad acertada de las consecuencias del comportamiento y actuación de los distintos sectores sociales y económicos, así como de los poderes públicos y de los determinados sistemas judiciales, pues es la premisa de la paz social, evadiendo de antemano los conflictos y, por ende, promoviendo el desarrollo económico.

Además, es una circunstancia natural, que el sistema de seguridad de un Estado, debe partir desde su marco constitucional, el cual debe definirlo y proveer las normas necesarias para protegerlo, como claramente señala la autora Mariana Pérez Salinas y Ramírez: “la mera existencia humana nos obliga a reconocer diversos derechos, como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, al trabajo, a la propiedad... derechos que deben ser respetados mediante la aplicación de normas que confieran seguridad jurídica. Estas facultades que devienen al hombre por naturaleza, se designan como derechos humanos o del hombre y las disposiciones que ordenan respetar esos derechos son las garantías constitucionales”¹⁴⁸.

Las bases legales perfectamente estructuradas, transparentes y desarrolladas a partir de los sólidos instrumentos de seguridad jurídica preventiva, asegura el desenvolvimiento de la actividad económica. Caso contrario, un sistema débil, con incertidumbre sobre la procedencia de los bienes, irregular en el sentido estricto del ordenamiento y la distribución de recursos, conflictivo, no ajustado a los principios claros de legalidad, que merme la confianza en la leyes, puede anular la iniciativa empresarial y el deseo por la labor dinamizadora del desarrollo y generación de empleo que el sector privado pueda promover.

¹⁴⁸ Pampillo Baliño, J. & Munive Páez, M. (2012). OBRA JURÍDICA ENCICLOPÉDICA. SUCESIONES Y NOTARIADO. Editorial Porrúa. México. Página 49.

Todo este escenario ha de desarrollarse en suma protección a los inversores, pero también, éstos han de sujetarse bajo un estricto código ético, para asegurar a los beneficiados la satisfacción de sus necesidades. Las crecientes relaciones comerciales entre países, también ameritan para su estabilidad, un dedicado marco de legalidad y recursos, que trascienda en seguridad jurídica preventiva, notarial y registral.

En el ámbito estricto de un Estado de Derecho, la seguridad jurídica preventiva adquiere un valor inestimable por su efectividad en la reducción de costos. Los documentos notariales, elaborados por funcionarios con un aval y reconocimiento de carácter público (por ser el Estado el que actúa a través de ellos), que gozan de legalidad, autenticidad e integridad, coadyuvan a que los interesados tengan confianza en ellos, y al tiempo, permiten que la seguridad jurídica se desarrolle con niveles de eficiencia muy aceptables.

Y cierto es, que desde que el Estado interviene a través de un representante para velar por el respeto y la realización de los intereses preventivos, soslayando la participación de las relaciones privadas, se han disminuido los conflictos consecuentes, y con ello, la litigiosidad, lo cual conduce a la minimización de costos, tanto económicos como sociales, sobre todo si se piensa relativamente a los costes que genera la justicia civil actual, que a más de ser impredecible y a veces muy ineficiente, se traduce en una elevada carga económica para la sociedad.

El sistema notarial tiene una importancia, se podría decir, estratégica para el buen funcionamiento de la vida económica. Es una entidad que protege al consumidor y que ahorra costes, al proporcionarle un asesoramiento ágil y seguro, para con ello reducir costos y trámites, y fundamentalmente, evitar litigios. En sustento a ello, el jurista español Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, al plantear la colaboración del Notario con las administraciones públicas, cita una base fundamental del notariado latino, aprobada por el Consejo Permanente de la Unión

Internacional del Notariado en octubre de 2004¹⁴⁹: “La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia”. No pueden quedar mejor definidos los valores fundamentales a perseguir dentro de un Estado, con la remarcada colaboración notarial.

En el sistema económico globalizado, esta misma función notarial es imprescindible, pues la ausencia de seguridad jurídica repercute directamente en el bienestar material y económico de sus miembros, además de afectar el contexto meramente moral, ocasionando un descontento colectivo. Un adecuado sistema de seguridad jurídica, orientado a la minimización de los problemas de duplicidad, superposición, cierres y juicios por el derecho de la propiedad, crea un clima de certeza, confianza, y manifiestamente deseable para realizar transacciones económicas inmobiliarias, permitiendo el flujo de la negociación en este sentido.

De esta cuenta, toda estrategia innovadora del Estado que agilice la adecuada estructuración y sistematización de la información notarial y registral, que permita la verificación de estos datos de forma accesible, inmediata y fiable, así como utilizar elementos complementarios, como el catastro, redundan en la conformación de una entidad estable, sólida y confiable, que asegure la inversión local y extranjera, así como la tranquilidad en los ciudadanos sobre el tráfico jurídico privado.

La circunstancia que es necesario clarificar: ¿cómo se conforma una entidad sólida y confiable que asegure lo aseverado anteriormente? y bajo particulares realidades: ¿a qué se enfrenta la estructura de la seguridad jurídica preventiva y cómo se desenvuelve?

¹⁴⁹ Pérez Gallardo, L. (Coordinador). (2013). ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL IBEROAMERICANO. LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR DR. NERY ROBERTO MUÑOZ. Infoconsult Editores. Guatemala. Página 137.

4.3. INDICADORES RECIENTES

La crisis global *subprime* de Estados Unidos (nombre conferido en alusión a deudores que no pagaron), dan cuenta del riesgo y fracaso del sistema de compensación económica en el caso del chasco de una negociación, muy segura ante el ritmo acelerado del liberalismo, pero peligrosa si lo que se busca es prevenir la inestabilidad económica.

La crisis mundial *subprime*, surgida en 2007 en el mercado hipotecario estadounidense obedeció a varios factores, pero entre ellos, destaca la debilidad en los criterios establecidos para la evaluación de los solicitantes de créditos para la obtención de viviendas, en un momento en que se suscitó un aumento considerable en el otorgamiento de créditos hipotecarios y de bancos que competían por cuotas bajas de interés en el mercado.

Los acuerdos se generaron bajo desconocimiento de muchos inversionistas sobre la naturaleza de la operación contratada y de los altos riesgos que conllevaba, o algunos asumieron ese riesgo que excedía su capacidad de respuesta. El proceso se generó con papeles a corto plazo, incluso pagarés y letras. Posteriormente, se generó la espectacular caída de la posibilidad de pago de los prestamistas, principalmente, porque los intereses de un 1% que se manejaron tras los atentados del 11 de septiembre, para reactivar la economía del país, subieron vertiginosamente al 5.25%; y luego, porque cayó el valor de las propiedades, al punto que su valor estaba por debajo de la deuda adquirida.

La situación generó la quiebra y la crisis mundial inesperada, demostrando que el sistema de seguros de títulos, no resultó ser muy seguro. Académicos de aquel país, llegaron a aseverar que el sistema notarial latino, hubiese evitado en mucho los nefastos resultados señalados.

Por otro lado, aun cuando ante un problema generado entre una transacción se indemnice al asegurado, este no se repone económicamente, pues se sabe que cualquier precio de seguros tiene en cuenta que las personas están dispuestas a aceptar, como compensación 'ex post', una cantidad menor que el valor inicialmente perseguido por la transacción¹⁵⁰. La aceptación de tal sistema conlleva muchos riesgos para las partes contractuales. Se hacía más evidente aún, la necesidad de un sistema preventivo para encausar la necesaria estabilidad económica, y por ende, política y social.

4.4. REPERCUSIONES DEL SISTEMA PREVENTIVO

El sistema preventivo, por el contrario, no solamente asegura un costo menor en su función misma (pues los servicios notariales de asesoramiento o elaboración de documentos, entre otros, procuran ofrecerse de manera accesible para los ciudadanos), sino que además esgrime los contenciosos, previniendo la frustración del comprador tras la adquisición de una propiedad. También evita la disputa entre partes, y si aún fuese muy necesario enfrentar los tribunales de justicia, las posibilidades se reducen considerablemente.

Es más, se ha demostrado que la economía de los países que gozan de un adecuado sistema de seguridad jurídica preventiva, crece hasta tres veces más rápido¹⁵¹, ya que tal sistema se instituye en un componente estratégico para la economía, creando la confianza en los inversionistas que propician el flujo económico sobre los bienes y, en consecuencia, se potencia el desarrollo del país.

¹⁵⁰ Tarregón, E. (2014). LA FUNCIÓN SOCIAL DEL NOTARIO: LA SEGURIDAD JURÍDICA... Op. Cit.

¹⁵¹ Scully en la Jornada de Economía Política; citado por García, J. (2014). EL NOTARIO DEL SIGLO XXI. Revista Electrónica No. 55. Mayo y Junio de 2014, del Colegio Notarial de Madrid.

Tal sistema tutelar de prevención que se ofrece a los consumidores, otorga garantías ante los grandes agentes económicos, quienes muchas veces justifican el soslayo que hacen de los intereses sociales, bajo el pretexto del requerimiento de rapidez y eficacia.

Para Manuel López Pardiñas¹⁵², la aportación histórica más importante del sistema de seguridad jurídica preventiva en materia económica, es aún inestimable. La función que conlleva, por ejemplo en la actuación notarial, es clave en la economía de mercado e imprescindible en la economía global en la que se vive actualmente. Y lo es tanto para los Estados como para grandes empresas y pymes. Además apunta: *“Pero también es clave para los ciudadanos, que son la parte débil cuando contratan con los grandes operadores; que necesitan asesoramiento imparcial; que precisan que sus acuerdos se redacten conforme a la ley y que nadie pueda dudar de la veracidad de sus actos; que demandan que los documentos en que se plasmen esos acuerdos sean firmes y ejecutables, y que toda esa labor se realice de forma ágil y segura, usando las más avanzadas tecnologías; a un precio asequible para cualquiera y regulado”*¹⁵³.

Falta añadir a lo anterior, la protección que se otorga al consumidor, promoviendo no solo la libertad en el proceso sino también la igualdad, pues muchas veces es necesario que el notario disminuya la asimetría establecida entre el consumidor y las entidades con las que realiza el contrato. Aquí, se hace referencia ya no solo a una función pro mercado, sino también de una función social, hacia el más débil.

Insistiendo en la seguridad jurídica notarial en su ángulo preventivo, el autor Lora-Tamayo aborda sus distintas repercusiones, así: “la función notarial como manifestación de la seguridad jurídica tiende a conseguir la certeza de las

¹⁵² López Pardiñas, M. (2012). Citado por García de Cortázar, F. (2012). LA HISTORIA DE ESPAÑA NO SE PUEDE CONTAR SIN LOS NOTARIOS. 10 de septiembre de 2012. Recuperado de: www.notariado.org. Madrid, España. Ubicado en: noviembre de 2014. Página 2.

¹⁵³ Ibid. Página 1.

relaciones y situaciones jurídicas y de los derechos subjetivos, en una actuación preventiva o sin contienda. Ello lo hace a través del instrumento público y la eficacia privilegiada que al mismo le otorga el ordenamiento jurídico, tanto en el tráfico como en el proceso, dotándolo de una seguridad jurídica formal y de una seguridad sustancial, sin la cual la seguridad jurídica sería vana.”¹⁵⁴

La Constitución Política de la República de Guatemala, que protege los principios básicos de bienestar social para ciudadanos de todos los estratos sociales, en su artículo 2º establece que el Estado garantiza a los habitantes la seguridad, refiriéndose también a la confianza que se tiene dentro de un Estado de Derecho hacia el ordenamiento jurídico, por lo que se interpreta que de igual manera queda garantizada la seguridad jurídica. En tal virtud las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes y principalmente la ley fundamental.

Mientras que el Artículo 39 establece a la propiedad privada como un derecho inherente al ser humano. Además, de que “toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de los guatemaltecos.” Nótese que las facultades conferidas, son la disposición, el goce y el uso en función del desarrollo humano. Tal uso puede verse como la utilización y el aprovechamiento del bien poseído, bien sea en términos de su aprovechamiento de servicio o económico. La garantía de tales principios se alcanza solamente en consonancia con un entramado legal confiable, predecible y estable.

¹⁵⁴ Pérez Gallardo, L. (Coordinador). (2013). ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL IBEROAMERICANO... Op. Cit. Página 137.

4.5. SEGURIDAD Y PROPIEDAD, TENENCIA DE LA TIERRA EN GUATEMALA

Ahora bien, los conflictos que podrían suscitarse por debilidad en el sistema de seguridad jurídica preventiva pueden ser de dos tipos. Uno de ellos, los conflictos en torno a la **propiedad privada**, mismos que pueden surgir por cuestiones tan simples como en el arrendamiento, que no tiene relación directa con la propiedad sino solamente con la posesión y el uso, hasta problemas relacionados con la titularidad que adjudique la propiedad sobre un bien inmueble: como en el caso de las disputas familiares a causa de herencias, invasiones, despojos o múltiples declaraciones. Mientras que los conflictos sobre la **propiedad social** se relacionan directamente con el problema de la Tenencia de la Tierra.

En el contexto de la seguridad jurídica preventiva, la Tenencia de la Tierra se constituye en un valor incuestionable, no solo dentro de los cánones axiológicos, sino además porque es un bien que favorece satisfactores humanos, así como la estabilidad social y política. Se define como la relación concretada jurídica o consuetudinariamente, entre la población, los individuos o grupos y la tierra. Las reglas relativas a la Tenencia determinan cómo se distribuyen en las sociedades los derechos de propiedad de la tierra, así como las restricciones asociadas¹⁵⁵. Esta acepción involucra dos aspectos esenciales que no deben aislarse: por un lado la distribución de las propiedades, y por otro, los derechos de propiedad.

La consideración de la integración de ambos aspectos resulta relevante, dado que la distribución de los bienes refleja las relaciones de poder, mientras que los derechos de la propiedad reflejan la fortaleza del sistema jurídico preventivo y la certeza sobre los mismos. Una distribución asimétrica de los bienes, así como

¹⁵⁵ Inzunza, G. (2004). TENENCIA DE LA TIERRA COMO FACILITADOR DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LOS ASENTAMIENTOS PRECARIOS DE CHILE. Caso estudio Región del Biobío. División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos –CEPAL/. Página 9.

de los derechos de la tenencia o la propiedad sobre los bienes, principalmente los inmuebles, desencadena conflictos de índole social indeseables.

A nivel mundial, muchos son los problemas generados por cuestiones fronterizas, limítrofes, aún históricas, y por desconocimiento de la propiedad explícita sobre la tierra o sus recursos, generando conflictos de gran envergadura, mismos que afectan no solo a lo interno, sino también a escala global.

El conflicto en torno a la tenencia de la tierra se encuentra vinculado con la seguridad jurídica preventiva en tanto que puede ser generado en función de aspectos de diversa índole: los técnicos, como los aspectos limítrofes de las fincas, por cuestiones de falsedad en las inscripciones, errores en la adjudicación (intencionada o no), gestiones erróneas de entidades oficiales y otros factores similares, que generan falta de seguridad de la tenencia de la tierra, entre otras debilidades estatales, por no dar pasos categóricos en la consecución de esa seguridad jurídica.

Pero también, puede tener un trasfondo político, y en ocasiones hasta cultural, por extraño que pueda parecer. En Guatemala, la pertenencia comunal de la tierra se constituye en un elemento vital para las poblaciones mayas, y la falta de una definición limítrofe clara y precisa en las fincas, ha originado serios conflictos con consecuencias nefastas, ocasionando incluso tensiones que lamentablemente han desencadenado en actos violentos.

En el medio rural, mismo que supera en magnitud al área urbana, se han presentado mayor número de complicaciones e indefiniciones debido a fenómenos de tenencia informal. Los pobladores no se han regido bajo el sistema de registro establecido en el país, conservando títulos de dominio a nombre de ancestros que fueron escritos por personas sin ninguna investidura reconocida social o jurídicamente (incluso hay casos en el que los “documentos” fueron escritos en papel corriente por personajes elegidos, solamente en su calidad de alfabetos).

Hay documentos que incluso tuvieron situación registral, pero quedaron a nombre de ancestros fallecidos y las dificultades o costos en los procesos sucesorios, han impedido su tramitación, y se han vuelto a declarar como posesiones sin registro, con tal de tener un título vigente, aunque limitado.

Estas prácticas se registran desde el siglo XIX, así es como lo explica el autor Julio Castellanos (J.C.) Cambranes: *“En la década de 1860, más del 70% de las mejores tierras del país se encontraba bajo el control de las comunidades campesinas. Los diecisiete departamentos de que se componía la República albergaban a más de mil comunidades, muchas de las cuales no poseían títulos de propiedad. Sin embargo, al surgir cualquier disputa de tierras entre particulares y campesinos comuneros, éstos solían argumentar que las tierras que poseían eran de su propiedad desde tiempo inmemorial”*¹⁵⁶.

La situación es comprensible por sus antecedentes en el contexto precolombino, pues antes de la llegada de los españoles el ordenamiento territorial estaba dominado por el sistema denominado “hábitat disperso”, donde caseríos y familias campesinas se comunicaban a través de una extensa red de caminos y veredas rurales, alrededor de los centros urbanos en territorios relativamente grandes. El origen de las actuales tierras de “propiedad comunal” se esboza desde la estructura de la tenencia de la tierra de las sociedades mesoamericanas antiguas, aunque se cree que ya existía la noción del derecho a la posesión individual de la tierra, misma que coexistiría con la de propiedad comunal.

La práctica se ha constituido en un derecho consuetudinario que no siempre encaja con los requerimientos normativos impulsados, menos cuando se habla de seguridad jurídica preventiva, pues la incongruencia entre los estimativos desde la cosmovisión indígena y las demandas de la sociedad moderna dentro de un Estado de Derecho, ha ocasionado distintos niveles de conflictividad social,

¹⁵⁶ Cambranes, J.C. (2004). Ruch'ojinem Qalewal - 500 años de Lucha por la Tierra. Editorial Cholsamaj. 1ª Edición. Guatemala. Página 242. (Ver significado en español del título, en nota al pie No. 159).

situación que se configura también por los hechos de desarraigo y despojo de las tierras a los indígenas, que se suscitaron a lo largo de la historia.

Posteriormente, Cambranes indica que los comuneros eran objeto de coacción por parte de los corregidores para que entregaran sus tierras en arrendamiento perpetuo, de manera que se diera acceso al capital en la agricultura. Debido a la resistencia del campesinado, se procedió a la expropiación agraria de los comuneros. Años más tarde y durante la política de Reforma Agraria de Jacobo Arbenz Guzmán, se sabe de la expropiación de 62 fincas que pertenecían a solamente dos empresarios y que sumaban más de 50,000 hectáreas de tierras ociosas.

A esta primera impresión de certeza jurídica sobre la propiedad de fincas en el área rural, se suma el fenómeno de la existencia de documentos de naturaleza extraña, que contienen negocios jurídicos como compraventas o donaciones de terrenos que carecen del necesario registro, pero que han sido autorizados por entes denominados “Comunidad Jurídica”, existentes en ciertas aldeas del altiplano. Dichas entidades, lógicamente, son carentes del respaldo de un precepto legal, constituyéndose en grupos lucrativos que, en aprovechamiento de la ignorancia y analfabetismo operante en muchos medios, se suman a los factores que ocasionan irregularidades e ilicitudes en el proceso de seguridad jurídica preventiva.

Por otro lado, se tiene que reconocer que la concentración de la tierra se constituye en una de las principales causas de injusticia social, pues en Guatemala, un 43% de la tierra cultivable forma parte del patrimonio del 98% de los propietarios. En éste mismo ámbito, los sujetos afectados por la inseguridad jurídica, suelen ser las mujeres y los indígenas en las sociedades pluriculturales, que a la larga también se constituyen en sectores marginados.

Según cifras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, en Latinoamérica no se ha producido una estabilidad sostenida de la seguridad en la Tenencia de los hogares más pobres: uno de cada tres hogares pobres e indigentes no era propietario legal hacia 1990¹⁵⁷. La estabilidad económica y social de los países latinoamericanos se debate entre la ausencia de políticas agrarias que provean de tierra habitable y productiva a las comunidades, y los obstáculos que enfrentan los sistemas notarial, registral y catastral, ante esa y otras circunstancias de la tenencia actual de la tierra.

Solamente en Guatemala, un elevado grupo de pobladores se encuentran excluidos hasta de la posibilidad de contar con tierra en propiedad, es decir, sus aspiraciones de contar con este bien propio es casi nulo. La situación se agrava dado que, paralelamente, este grupo de pobladores no satisface sus necesidades básicas de vivienda, fuente de ingreso segura y permanente, salud, educación y por ende, de una vida digna.

Ante la falta de políticas que fortalezcan el desarrollo de los proyectos habitacionales y los sistemas de seguridad jurídica preventiva para atender a los pobladores de más bajos ingresos, se estima que solamente en la ciudad capital existían hasta el año 2003 alrededor de 200 asentamientos precarios en donde vivían más de 230,000 personas, y que estos asentamientos, para la primer década del presente siglo, solo se constituían en la mitad del total de asentamientos presentes en el Área Metropolitana.

Tal situación genera como agravante su contribución al deterioro económico, ambiental y del desarrollo humano, ya que existe una relación muy estrecha entre todas estas variables. Ejemplo de ello lo constituyen los asentamientos precarios que se crearon como consecuencia de la crisis financiera y política que impidió la reconstrucción de la ciudad posteriormente a los

¹⁵⁷ Inzunza, G. (2004). TENENCIA DE LA TIERRA... Op. Cit. Página 2.

terremotos de 1917 y 1918, de donde surge el asentamiento El Gallito, uno de los que se consideran de más alta peligrosidad en la actualidad, no solo por su ubicación geográfica, de baja vocación habitacional dada su topografía inclinada, sino además porque concentra población con poco o nulo ingreso económico, lo cual ha generado que se convierta en una zona con elevada presencia delincinencial.

Este escenario permite generar un criterio reflexivo en torno a la conflictividad, y es que ésta tiende a aumentar en relación a la baja o nula satisfacción de las necesidades básicas humanas, tales como la de tierra, la vivienda, la alimentación, la salud y la educación. Entre éstas, la satisfacción del acceso a la tierra es sustancial, en tanto que un contrato de propiedad, con todas las formalidades notariales y registrales, puede traducirse en un bien preciado para captar créditos que viabilicen la gestión pro inversión, y en consecuencia genere ingresos que permitan la satisfacción de las otras necesidades. El sólo hecho de documentar la tierra, ya es un avance ostensible.

En un lenguaje más técnico y apropiado, se puede advertir que la adquisición de un título inscribible en el Registro de la Propiedad, acredita al sujeto para desenvolverse en el ámbito económico y social de una forma más dinámica, permitiéndole ingresar al mercado formal, pues se traduce en garantías exigidas por los financistas para proveer de recursos económicos al propietario, para hacer cumplir los objetivos que pretende alcanzar. Esto es lo que se conoce como carácter estratégico de la propiedad sobre la tierra con fines económicos, pero que tiene igualmente, connotaciones de tipo social.

El modelo de estructura agraria actual en Guatemala, se ha gestado desde la época colonial, pero realmente se configura a partir de la revolución liberal de la década de 1870, bajo la dictadura de Justo Rufino Barrios, quien procuraba promover la afluencia de capital nacional y extranjero que fecundara la producción industrial inteligente en el país. Estas mismas ideas y motivaciones generaron el

impulso económico del agro guatemalteco en 2008, aunque con algunos cambios¹⁵⁸.

Y, aunque, en teoría se han planteado sistemas normativos y principios legales que viabilizan el acceso a la tierra y al uso de sus recursos por parte de los pueblos indígenas¹⁵⁹, aún persisten las denuncias de abuso y amenaza al recurso tierra, así como vulnerabilidad y desprotección que las poblaciones en el área rural enfrenta constantemente. No parece en realidad, que se hayan instaurado mecanismos que coadyuven a confirmar el interés y la responsabilidad del Estado, por proveer seguridad jurídica preventiva.

4.6. POCOS AVANCES PARA LA ESTABILIDAD

Tras la finalización del conflicto armado y en aras de dar cumplimiento social a los acuerdos arribados, el gobierno se comprometió a revisar y actualizar los registros de catastro y de la propiedad inmueble, así como a regularizar la situación jurídica de la posesión comunal de las tierras, mismo proceso que incluía la titulación de las tierras municipales o nacionales con clara tradición comunal. La estrategia prometida fue la de un inventario que recopilara información sobre las características, uso y situación de la tenencia de la tierra, así como una exposición pública para otorgar confianza sobre los procesos de manera gráfica, haciendo uso de mapas catastrales, especificando la división en urbanos y rurales, así como su ubicación y la dimensión de predios; y también descriptiva, que caracterizara

¹⁵⁸ Universidad Rafael Landívar e Instituto de Transformación de Conflictos para la Paz en Guatemala – INTRAPAZ- (2009). CONFLICTO Y USO DE LA TIERRA. Nuevas expresiones de la conflictividad agraria en Guatemala. Guatemala, C.A. Página 13.

¹⁵⁹ Como el Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y de Situación Agraria, definido en los Acuerdos de Paz en 1995, documento político, social, legal, que porta los convenios arribados con el fin de poner fin a los 36 años de guerra interna. El Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y de Situación Agraria, en sus considerandos plantea: “Que en el área rural es necesaria una estrategia integral que facilite el acceso de los campesinos a la tierra y otros recursos productivos, que brinde seguridad jurídica y que favorezca la resolución de conflictos”. Según se lee en dicho Acuerdo, corresponde al Estado de Guatemala implementar una serie de acciones relacionados con el agro (URL & INTRAPAZ, 2009).

las particularidades de la propiedad de los predios, su uso, aprovechamiento, situación jurídica, entre otros factores.

Los hechos han suscitado diversos conflictos históricos serios. Obras como la antes citada: *Ruch'ojinem Qalewal*¹⁶⁰ - 500 años de lucha por la tierra: estudios sobre propiedad rural y reforma agraria en Guatemala, escrita por J.C. Cambranes, o también: *Guatemala: Entre el dolor y la esperanza*, del Centro de Estudios de Guatemala, constituyen algunos ejemplos de la gran preocupación que el tema de la tenencia de la tierra genera en la sociedad, y dan cuenta de que el conflicto en torno a este tema no solamente es un hecho histórico que data desde la época de la conquista, sino también de que ha generado grandes conflictos políticos y sociales. Uno de ellos y que ha sido el más devastador, ha sido el de la guerra interna con una duración de 36 años, pues una de sus causas fue precisamente el problema de acceso¹⁶⁰, distribución de las tierras y la defensa de los derechos laborales o los trámites legales para resolver disputas de tierras.

Las guerras internas no se desarrollan por sí solas, sino como producto de una historia, y de una cultura política y socialmente determinada. Posteriormente, es común el hecho de que sociedades que salen de una guerra, tiendan como práctica reiterada a resolver los conflictos a través de la violencia en cualquier ámbito. Se configura una sociedad fragmentada, poco comunicativa, con pocas probabilidades de respeto y sometimiento hacia las instancias jurídicas, lo que conlleva desestabilización política y administrativa, o en síntesis y como se ha puesto en boga, lo que se podría llamar un *Estado fallido*, de fracaso en el ordenamiento social, que al final es su objetivo en el ámbito del Derecho.

La incursión de la política partidista en el tema, resulta igualmente interesante. Durante los procesos electorarios, los contendientes suelen ofrecer solucionar el problema de tierras a las distintas comunidades mediante la

¹⁶⁰ Esta locución está en idioma Kaqchiquel, hablado por la población del mismo nombre, en la región centro occidental de Guatemala, y significa: "Rescatando la identidad de nuestras raíces ancestrales".

adjudicación de fincas; ello con el fin de asegurarse la apreciación y confianza de los pobladores; promesas que lógicamente, una vez en la ejecución de las funciones administrativas gubernamentales, se convierten en imposibles de cumplir, porque las grandes áreas de tierra ya están registradas a nombre de las grandes empresas agrícolas o no cumplen con los requisitos legales para ser adjudicadas, generando descontento, desconfianza y falta de credibilidad política.

Las obras de infraestructura no democratizada, también han desencadenado conflictos considerables para las sociedades, representando en muchas ocasiones un riesgo para las poblaciones más vulnerables en materia de tierras. Las comunidades se rebelan ante cualquier proyecto que pueda afectar sus intereses propios o no les genere mejoras ostensibles inmediatas. Las situaciones críticas han aflorado, pero mucho se pudo haber evitado mediante políticas concretas en materia de seguridad jurídica preventiva, que incluye la tenencia de la tierra.

4.7. EVENTOS CRÍTICOS

El mega proyecto de la carretera de la Franja Transversal del Norte -FTN- configurada en el marco de un gobierno centralista dentro de su estrategia denominada *Programa de Reactivación Económica y Social 2004-2005*, en respuesta de los proyectos del Plan Puebla Panamá, y el Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, es una obra gris de gran envergadura que recorre 335.7 kilómetros, y que requirió de un financiamiento de 2,400 millones de quetzales.

La obra fue implementada pese la amenaza del surgimiento de inminentes conflictos, principalmente porque se desarrolló en un ámbito de incertidumbre y de controversia relacionada con el elemento de la tierra, por la alta conflictividad agraria del sector, con presencia de poblaciones con un elevado índice de pobreza, sin certeza jurídica sobre la propiedad y una ley que autoriza su

ampliación y asfaltado (Decreto del Congreso 88-2005), y sin claridad respecto a la forma en que se procedería para el caso de los ocupantes afectados al obtenerse el derecho de vía para la ejecución de la obra. De hecho, en el área, la Secretaría de Asuntos Agrarios reportó solamente para el año 2008, 168 casos de conflicto de tierras, de los cuales 50 eran tipificados como disputa de derechos, 1 caso de límites territoriales, 72 ocupaciones y 46 procesos pendientes de regularización de tierras por parte del Estado¹⁶¹.

El temor no se hizo esperar. CEDFOG -Centro de Estudios de la Frontera Occidental de Guatemala- en una Revista Comunitaria en Huehuetenango en el 2013, manifestó su preocupación ante la mega obra, planteando la posibilidad del desalojo violento de las comunidades asentadas en esas tierras, para dar paso a la obra gris. Ese temor afloraba ante la ausencia de certeza jurídica sobre la propiedad que estas comunidades ocupan, pues la ley no definía, ni en su reglamento, la forma para obtener el derecho de vía ni los mecanismos de indemnización o reparación para quienes pudiesen resultar afectados.

En marzo del mismo año, se suscitó una querrela presentada por representantes del CONAP -Comité Nacional de Áreas Protegidas-, debido a que el trazo original de la FTN y que había sido aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, no coincidía con el actual, pues atravesaba 142 kilómetros de una de las áreas protegidas mejor conservadas hasta ahora: La Laguna de Lachuá, dentro de la eco-región conocida como Lachuá. La pugna fue aprovechada por pobladores, quienes obstaculizaron el libre tránsito en la zona en protesta por que el proceso de asfalto continuara. En el conflicto, los mismos pobladores talaron 2500 árboles de la zona de reserva. También, comunitarios de la Aldea Chiquibul, Chisec, del departamento de Alta Verapaz, presentaron una solicitud en demanda de legalización de las tierras comunales para su tranquilidad, pues padecen de inseguridad jurídica respecto a las mismas.

¹⁶¹ Universidad Rafael Landívar e Instituto de Transformación de Conflictos para la Paz en Guatemala – INTRAPAZ- (2009). CONFLICTO Y USO DE LA TIERRA... Op. Cit. Página 33.

En otros eventos sobre el mismo problema agrario, las situaciones han dado giros inesperados, provocando la muerte de campesinos, quienes en defensa de las tierras que ocupan, se han enfrentado a las fuerzas de seguridad, a otras comunidades o a entidades nacionales y extranjeras. Ya, en reiteradas ocasiones han sido desarraigados de sus tierras de forma violenta debido a la pugna que ocasiona la inseguridad sobre la pertenencia de las mismas.

La demanda de tierra generó en 1978 una reacción violenta propiciada por autoridades municipales, el ejército y finqueros contra campesinos de origen Q'eqchi', hecho que derivó en la recordada masacre de Panzós, en donde fueron asesinados 53 campesinos y campesinas indígenas que se manifestaban ante el edificio de la municipalidad. Dicho valle fue muy codiciado por familias de los ediles y, posteriormente, por grandes Compañías Agrícolas. El informe de las Naciones Unidas y de la Comisión de Derechos Humanos en Guatemala, en un estudio detallado del caso en el año 2013, señala que el problema se remonta a la mitad del siglo XIX, cuando el gobierno liberal introdujo una legislación sobre baldíos que contenía procedimientos de fácil acceso a la adjudicación de propiedad para extranjeros y ladinos, pero inaccesible para los *q'eqchi's*¹⁶², quienes no contaban con los recursos para pagar los gastos de medición y registro.

De esta manera, las tierras que ancestralmente les pertenecían, fueron consignadas como baldías y asignadas para la siembra de café a inmigrantes alemanes (aunque años después les hayan sido expropiadas a estos, por otro tipo de circunstancias). Más adelante, en 1954, estas tierras que aún eran administradas y controladas por el gobierno, en ese momento de Castillo Armas, fueron adjudicadas por el alcalde de Panzós, Flavio Monzón, a sus familiares y a diversos propietarios no indígenas, para ser utilizadas en el cultivo de arroz, sorgo y dedicadas al ganado de extensión.

¹⁶² Es uno de los pueblos mayas de Guatemala, establecido principalmente en su región norte.

Ya en 2006, propietarios del Ingenio Guadalupe, S. A, del departamento de Escuintla, habían adquirido 37 fincas del área de Polochic, para ser explotadas en la producción de caña. Posteriormente, las tierras fueron cedidas por los propietarios a su nuevo ingenio, de la sociedad *Chabil Utzaj*, S.A. por un precio de Q.400,000.00 (finca San Pablo II) y de Q.11.818,900.00 (finca Paraná). Previo a ello se habían proveído de los espacios para que los campesinos pudieran comprar parte las fincas en las que trabajaban y vivían, no obstante era obvio que no podían competir con la oferta económica. La oportunidad de los campesinos de ser propietarios de la tierra, se vio frustrada de esta manera.

Tras una larga pugna, en donde los campesinos argumentaban a su favor la pertenencia comunal y ancestral de las tierras (pero sin documento legal de amparo), la ociosidad de la tierra (pues por el fracaso en una zafra debido a la humedad del área, el ingenio dejó de cultivar la tierra por un tiempo) y por la falta de pago a los *mozos* o trabajadores de tales fincas por parte del ingenio, estos llegaron a ocupar en el 2010 varias fincas ya registradas a nombre del ingenio *Chabil Utzaj*, S.A.

Lejos de ser preventivo el sistema jurídico, tuvo que actuar de manera represiva, pues debió resolver por la vía legal debido a los derechos de propiedad adquiridos por el ingenio, ordenándose el desalojo en marzo de 2011. Tal hecho suscitó la desocupación de todos los campesinos del área, la quema de las viviendas provisionales edificadas y parte de sus viviendas permanentes, así como la muerte de un ocupante.

La presencia de bienes sin registro en el área rural y los llamados **derechos posesorios** que hacen prevalecer el derecho consuetudinario, la constatación empírica a base de la firmeza verbal honorable, por sobre la necesidad de constatación documentada, ha ocasionado también serios conflictos limítrofes entre comunidades y municipalidades. Se citan los casos de Nahuallá y Santa Catarina Ixtahuacán, en Sololá; Ixchiguán y Santa Catarina, en San Marcos;

Uspantán y Chicamán, en Quiché; San Siguan y Cunén, también de Quiché; San Lucas Tolimán y Santiago Atitlán, en Sololá, San Bartolo y Momostenango en Totonicapán, entre otros.

Entre los diferendos territoriales los dos primeros, en San Marcos y Sololá, llevan más de cien años de existir, disputándose un límite jurisdiccional que solamente existe en el imaginario social, pues en realidad no han estado bien definidos. Las disputas generadas han incurrido en actos violentos en los que han debido incursionar las fuerzas de seguridad, con saldos preocupantes a la integridad física.

Dentro de las demandas de estas comunidades en disputa, siempre ha estado la de la mediación del conflicto y la medición exacta por parte del Registro de Información Catastral, una vez más la seguridad jurídica preventiva, pero poco se ha avanzado en ello.

Otros hechos que han generado controversia han sido las invasiones de terrenos baldíos, de propiedades privadas sin ocupación, de lugares públicos, reservas naturales catalogadas como áreas protegidas y sitios arqueológicos. Los mismos obedecen al problema dual de la distribución asimétrica de la tierra y sus recursos, por un lado, y al del registro de propiedad, por el otro. Las ocupaciones se constituyen en uno de los cuatro principales problemas de la conflictividad por la tierra en el país. Solo el mes de enero de 2012, registró un total de 231 ocupaciones en todo el territorio, representando el 18% de la conflictividad.

Las órdenes de desalojo se instituyen dentro del marco legal del Decreto del Congreso 33-96, que tipifican el delito de usurpación. Dicha ley establece la vía penal para resolver el conflicto. Por ello, a partir de 1996, las órdenes de desalojo se ven intensificadas. Según registros de la Plataforma Agraria, durante el gobierno de Alfonso Portillo (2000-2004) se registraron 90 desalojos; durante la gestión de Óscar Berger (2004-2008) 86 desalojos; y en el gobierno de Álvaro

Colom (2008-2012) fueron 114. Muchos de ellos con incidencias graves en la integridad física de los sujetos intervinientes en el hecho conflictivo, principalmente entre los campesinos e individuos desalojados.

Como se puede notar en esta descripción de eventos críticos, el problema tiene diversos orígenes y se manifiesta de formas también disímiles, pero se profundiza ante la insuficiencia de los Registros de la Propiedad, pues aparte de los problemas relacionados con la falta de certeza de los aspectos limítrofes de las fincas en el país, de la falta de reconocimiento y aceptación de las poblaciones indígenas sobre el sistema de seguridad jurídica, subyace el problema de la ausencia de registro de una elevada cantidad de bienes inmuebles en el país.

4.8. ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN

Con el fin de una reordenación jurídica y social de los conflictos suscitados, y en atención a los acuerdos establecidos para dar fin al conflicto armado interno, se han creado entidades diversas que han contribuido, de alguna manera, con la estabilidad política, social y económica demandada. Algunas de estas entidades son: la Comisión Institucional para el Desarrollo y Fortalecimiento de la Tierra (PROTIERRA) que nace en el Acuerdo Gubernativo No. 307-97, como una entidad para favorecer la armonía social y la inversión, mediante la coordinación de programas y proyectos relacionados con la tenencia de la tierra en el país. Como órgano *ad hoc* se instituyó la Unidad Técnico Jurídica -UTJ-, para ejecutar un sistema catastral en municipios seleccionados como parte del Proyecto Piloto.

Esta unidad técnica coordina además, el fondo de tierras, comisión para la resolución de conflictos, programa de inversiones rurales, sistema de información geográfica -SIG-, administración del impuesto único sobre inmuebles y las inversiones productivas agropecuarias.

En 2005 el Congreso de la República de Guatemala emite la Ley del Registro de información Catastral (RIC), mediante el Decreto 41-2005, como una unidad autónoma con personería jurídica, patrimonio y recursos propios, con el fin de mantener y actualizar el catastro nacional. Esta unidad ha impulsado varios programas entre los que destacan, el “Programa de Establecimiento Catastral y Consolidación de la Certeza Jurídica de Áreas Protegidas”, con el fin de otorgar certeza jurídica y promover el ordenamiento de la propiedad dentro de las áreas protegidas y la tierra utilizada dentro de la misma.

La Secretaría de Asuntos Agrarios de la Presidencia de la República, surge con el Decreto del Congreso 136-2002, en el marco del cumplimiento de los Acuerdos de Paz, con el fin de dar respuesta integral a la temática agraria mediante la atención de los conflictos derivados de la propiedad, posesión y tenencia de la tierra; de manera que los ciudadanos, principalmente en el área rural, gocen del recurso tierra, en forma tal que se generen estímulos de desarrollo rural y desaparezcan las condiciones que generan la conflictividad agraria y sus consecuentes amenazas a la gobernabilidad democrática en el tema de la tierra.

Consecuentemente, el decreto ha sido objeto de reformas, según el Acuerdo Gubernativo No. 67-2005. Dentro de sus acciones precisas se establecen la gestión y el mejoramiento del ordenamiento jurídico e institucional agrario. Según la memoria de labores del año 2013 de dicha entidad, durante ese ciclo se atendió un total de 1,370 casos de conflicto agrario, de los cuales, solamente se finalizaron 447.

Estos casos se tipifican de la siguiente manera: disputa de derechos (principalmente se refiere a conflictos limítrofes entre comunidades), ocupación de tierras privadas que generan desalojos violentos, reclamos de tierras (donde el propietario negocia con los usurpadores sobre el pago de alguna parcela), disputa de límites territoriales, falta de certeza jurídica y ocupaciones de fincas nacionales de distinta característica.

Algunos de los Puntos Resolutivos emanados de la Secretaría de Asuntos Agrarios de la Presidencia de la República como el 160-2013, aparentemente dieron fin a conflictos de cota ancestral, precisamente como el del Valle de Polochic.

El Punto Resolutivo en mención se constituye en la entrega de la finca San Valentín por representantes del Fondo de Tierras, con el fin de brindar certeza jurídica sobre la tierra que ahora habita la comunidad.

4.9. NECESIDAD DE PREVENCIÓN

Los problemas no resueltos, han creado un clima de ingobernabilidad. Involucran regularmente intereses partidistas paralelos buscando el reconocimiento de derechos inciertos sobre determinados territorios, haciendo prevalecer la impunidad que bien es aprovechada por la trata de personas, organizaciones lucrativas y la red del narcotráfico que buscan accionar en estos espacios frágiles. Las confrontaciones políticas en el ambiente son constantes, sumiendo al Estado en un proceso de debilitamiento permanente.

El mismo problema de la tenencia de la tierra y los conflictos desatados en la sociedad han deteriorado la convivencia pacífica y social, configurando un entorno hostil que escapa del control del gobierno. Las mismas órdenes de desalojo resultan ser muchas veces ineficaces en los procesos de respuesta penal, debido a la insuficiencia en el número de los elementos de la seguridad ciudadana de atender los diferentes casos y porque no se pueden establecer puestos de control permanente que impidan el retorno de los ocupantes.

Por otro lado, persiste en la sociedad un clima de desconfianza hacia la impunidad y la injusticia de un Estado que pareciese pugnar contra las poblaciones ocupantes, pero que no resguarda los derechos sociales,

desarrollándose un debate que se ha vuelto eterno y ya mancillado, de si “los derechos de la propiedad privada, están por sobre los del resto de derechos”, haciendo mención de los derechos ambientales, de satisfacción de acceso a la tierra, vivienda, por mencionar algunos.

El sistema de Seguridad Jurídica Preventiva enfrenta una situación, que incluso puede ser considerada utópica en ocasiones, principalmente por el desconocimiento sobre el origen y antecedentes históricos de la tenencia de la tierra.

Además, aunque los conflictos sobre la tierra y la carencia de certeza jurídica sobre la propiedad fueron tratados de manera consistente en los Acuerdos sobre Aspectos Socioeconómicos y Reforma Agraria, realmente ha sido un tema soslayado por los distintos gobiernos, los cuales no han dado prioridad a la problemática.

Lo anterior implica no solamente la implementación de mecanismos insuficientes para favorecer el acceso a la tierra, sino la marginación intencionada de la problemática en función de la inversión extranjera, el Tratado de Libre Comercio, la explotación minera y de otros recursos naturales, el establecimiento de áreas protegidas y hasta el problema actual de control de producción y los oscuros señalamientos sobre la apropiación de tierras por el narcotráfico.

En esta compleja realidad, la seguridad jurídica preventiva que exige el mundo moderno, es diferente a la de hace unas décadas. Se demandan estrategias políticas, económicas y jurídicas que resuelvan esta nueva dinámica conflictiva que en torno a la tierra y la propiedad privada de los inmuebles, se está gestando, y que se agrava por la desencadenante relación violenta que aumenta la tensión local. Esto ha derivado en la historia reciente, en acciones y reacciones de consecuencias nefastas.

Los intereses constantes y los ideales cambiantes de la población, se constituyen en la base de la Constituyente, pues no se puede olvidar que el origen del Estado de Derecho responde a la necesidad de hacer prevalecer las leyes sobre los hombres, con conocimiento pleno acerca de la convivencia social y sobre el contrato social que otorga derechos, pero a la vez obliga.

En resumen, se ha de tratar de un conjunto de leyes que respondan a una colectividad desde la individualidad y viceversa, con el fin de lograr ciertos valores, haciendo cumplir requerimientos axiológicos. Sin la garantía de estos deseables ideales y sin la garantía de que los bienes, su misma persona, y los derechos de un sujeto, no serán objeto de desestimación y ataques, no puede hablarse de seguridad jurídica y sin ésta, no hay armonía en la convivencia social, no puede existir estabilidad política y por tanto no hay desarrollo.

Ante tales planteamientos, podemos dar razón a Luis Recaséns Siches, en su *Tratado de General de Filosofía del Derecho*, al advertir que los derechos no fueron establecidos por los hombres solamente por motivo del logro de valores éticos superiores, sino en virtud de un valor de rango inferior que es el de la seguridad en la vida en sociedad, no precisamente el de rendir culto a la justicia, sino de colmar una urgencia de seguridad y certeza en la vida social¹⁶³. Aquí volvemos al postulado de capítulos anteriores, en el que se advierte que para asegurar un derecho, que a su vez asegure la seguridad social de actuación libre y plena, se requiere de un sistema de proyectos previsibles seguros en sí mismos.

Piénsese además que las características de la sociedad actual, es mucho más compleja, plural, global, de tecnología y de información. Hay una estimable cantidad de comunicaciones, que debiera ser considerada como un bien aprovechable para difundir mayor certeza y transparencia en relación al sistema de seguridad jurídica preventiva, pero, paradójicamente, a mayor información,

¹⁶³ Recaséns, L. (2010). TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO... Op. Cit. Página 220.

parece que existe más confusión, incertidumbre y más desatino en torno lo que se prevé. O bien, a mayor información resulta aumentar igualmente lo que “precisa ser considerado y valorado”¹⁶⁴. Es decir que si el ciudadano está mejor enterado y tiene mayor conocimiento sobre algo, aumenta su sentimiento de inseguridad, precisamente porque conoce lo que precisa prever.

En medio de estas complicaciones y situaciones, los escenarios analizados y los modernos sistemas vigentes, es preciso esbozar nuevos mecanismos de participación, que permitan la intervención de la experiencia del notariado y del desarrollo registral, como elementos claves para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, en esta materia. La superación del sistema de la propiedad inmueble, debe ser alcanzada mediante diversas estrategias que otorguen la certeza deseada para propiciar desarrollo económico y social.

Hasta ahora, lo cierto es que el problema de la tenencia de la tierra en el país, ha generado polarización en la población. El proceso de democratización es vital para dar solución al problema, pero aunado a ello, es necesario implementar un sistema continuo de capacitación y educación a la población en general, así como el fortalecimiento de la seguridad jurídica preventiva desde el punto de vista moral y ético; y con mayor sustento para la estabilidad política, social y económica del país, desde los supuestos fundamentales de esta clase de seguridad, que son a la vez sus instrumentos operativizadores: notariado, sistema registral y sistema catastral.

¹⁶⁴ Ávila, H. (2012). TEORÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA... Op. Cit. Página 25.

CAPÍTULO V
LOS POSTULADOS FUNDAMENTALES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
PREVENTIVA.
REGISTROS PÚBLICOS, CATASTRO Y DOCUMENTO NOTARIAL.

5.1. SEGURIDAD PARA ARISTÓTELES

Toda sociedad debe estar comprometida con el orden social y la armonía interna e internacional, mismos que no existen sin el compromiso con los valores supremos ya anteriormente tratados de justicia, libertad, igualdad, desarrollo y la misma seguridad. La armonía es concomitante con la resolución pacífica de las controversias.

La consolidación de la minimización de las controversias se sustenta en la previsibilidad y ésta en la objetivación del derecho, dicho por Aristóteles de esta forma peculiar en su obra La Retórica *“corresponde a las leyes bien dispuestas determinarlo todo por sí, en cuanto sea posible, y dejar a los que juzgan lo menos posible”*. Tal objetivación se traduce en la garantía contra las arbitrariedades,

Para el hombre, la paz, el orden y la seguridad, se constituyen en una máxima. Sin embargo, la condición de seguridad no se restringe al ser humano individual, sino al ser social y también, y por ende, es una condición política. Concierno a la vida política también, porque la seguridad es condición de la justicia.

Desde Aristóteles se manifiesta la profunda preocupación por la precariedad de la convivencia y de la vida individual, así como de la inseguridad en los regímenes establecidos. El pensador así plantea una inseguridad dual: Por un lado, la incapacidad del aseguramiento de una ciudad segura, de la satisfacción de los derechos ciudadanos en su individualidad y en la colectividad,

principalmente bajo el régimen autócrata, o de tipo oligarca, que en su época prevalecía; y por otro, indica su preocupación por la inseguridad en estos regímenes, que resultan inseguros en sí mismos por la inestabilidad social que ocasionan.

Así, Aristóteles realiza un análisis de las constituciones existentes, indicando que ninguna es oportuna a las ciudades donde se gestan y donde se aplican, por lo que plantea la necesidad de una “mixtura”, destacando los aciertos y ventajas de cada una para formar una constitución nueva que se caracterizaría por ser “segura”¹⁶⁵.

Aunque Aristóteles estaba aún lejos de concebir la seguridad jurídica como en el ámbito de la moderna significación estatal se inviste, vale rescatar su idea valorativa de la convivencia social preventiva, pues se sustenta en la seguridad que se otorga desde el punto de vista político. Apunta, que en la esfera política, quien lo ejerza (es decir, el político) debe ser un conocedor de las acciones políticas que el hombre ha implementado en el curso de la misma política. Además, consigna el rol de la propiedad en la estabilidad y la inestabilidad política, en tanto que la distribución de la propiedad genera pobreza y la pobreza puede generar guerra civil cuya esencia se genera en la carencia de justicia.

5.2. OBJETIVOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Las reflexiones filosóficas anteriores tienen un objeto definido, porque se ha de recordar y recalcar, que la idea de seguridad jurídica no inicia ni termina en la función notarial, catastral, ni registral; su alcance es mayor y en la edad moderna pretende proteger la estructura del sistema jurídico; de manera que este mismo se

¹⁶⁵ García Cataldo, H. (2009). HISTORIA Y POLÍTICA EN ARISTÓTELES. Constitución de Atenas y Política. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Universidad de Chile. Chile. Páginas 7, 10 y 11.

constituya en los principios fundamentales de protección de la ciudadanía ante los embates de los gobernantes, y en una plataforma irretroactiva, transparente (por la publicidad que se ha de hacer de las normas) y de plena legalidad, para dar cumplimiento a los derechos supremos del ser humano que son concomitantes con un Estado pleno de Derecho y Justicia.

Ahora, específicamente en materia de previsibilidad o cautelar de las consecuencias de las decisiones y el comportamiento de las personas, cabe redundar en el análisis de los sistemas legítimos que consolidan la interdicción de arbitrariedad, sobre todo bajo las características dinámicas y complejas del mercado actual. Por ello, Garazatua¹⁶⁶ adjetiva a los instrumentos de la seguridad jurídica, principalmente al de Registro, como el medio jurídico idóneo de organización de la sociedad civil moderna.

Bajo el estricto modelo de relaciones sociales, de mercado, culturales, políticas, económicas modernas y los principios de libertad inherentes en el mercado y la contratación, como justicia objetiva y cautelar del orden público, el Derecho Hipotecario o Registral contribuye a la protección del tráfico inmobiliario en su máxima expresión, pues coadyuva al posicionamiento titular y en efecto a la seguridad de la tenencia y la tierra, que a la vez minimiza costes para resolver los contenciosos sobre bienes.

Garazatua es muy enfático al enunciar que las condiciones de vida en relación al siglo XIX han variado considerablemente. Las condiciones de vida son distintas al igual que el derecho que ha ido transformándose en función del nuevo orden social, y viceversa. El autor aduce que la transformación de los parámetros de entendimiento de la política internacional configurada desde el fin de la guerra fría y la desaparición del bloque soviético, así como la consecuente institución del

¹⁶⁶ Garazatua Nuñovero, J. (2011). LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA REGISTRAL. En: Revista Fuero Registral. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Lima, Perú. Página 171.

nuevo esquema geopolítico “Norte-Sur”, no es precisamente el que ocasiona los cambios en estas modernas relaciones sociales, sino que hay otros movimientos de igual envergadura que también han influido sustancialmente en detrimento de la idea de Estado Nación por el de Mundo Global o Aldea Global, y que son la revolución informática y los adelantos de la tecnología. Estos movimientos han generado una forma de convivencia más ágil, dinámica y compleja en las relaciones.

Ante ello y para alcanzar los objetivos de seguridad, los ordenamientos jurídicos se han debido adecuar a lo que Garazatua denomina “condiciones de competitividad y calculabilidad”¹⁶⁷. A esta realidad se suman perversidades propias de la época, relacionadas con la arbitrariedad en el poder, las migraciones, narcotráfico, deterioro ambiental, desestabilización económica, la supra interacción social a nivel global, entre otros.

Ese nuevo concepto de ciudadanía mundial que trasciende fronteras nacionales, también ocasiona transformaciones en los procesos de todo tipo de transacción, entre éstos, de los bienes, demandando de un reordenamiento jurídico en las naciones. Dicho sea de paso, actualmente se marca un nuevo modelo en los mecanismos de contratación, que se caracteriza en principio por un crecimiento desmedido, y es ante esa dinámica que el Registro debe plantearse de forma vigilante y deontológica.

5.3. EL POSTULADO REGISTRAL

Muñoz N. y Muñoz R.¹⁶⁸ definen el Registro como la institución mediante la cual se produce la publicidad jurídica, siendo el objeto principal de su organización la inscripción de los libros, que lleva consigo la publicidad material o sustantiva.

¹⁶⁷ Ibid. Página 172.

¹⁶⁸ Muñoz, N. & Muñoz, R. (2009) DERECHO REGISTRAL... Op. Cit. Página 61 y siguientes.

Cualquiera que sea su soporte, el término Registro hace referencia a la constancia documental de algo. Dentro del ámbito de la legitimación y el Derecho, el término es concomitante con el concepto de Derecho Inmobiliario, que igualmente es inherente al Derecho Civil y se define como el ámbito que regula el derecho de hipoteca, constatación en el Registro de los derechos reales sobre fincas, determinando el valor jurídico de la inscripción.

Roca Sastre lo define como la compilación de: *“...normas legales que regulan la organización y el funcionamiento del registro de la propiedad inmueble, la práctica, valor y efectos de los asientos de inmatriculación de fincas y de sus modificaciones, así como a la inscripción de actos, resoluciones judiciales y administrativas registrables y las anotaciones preventivas admitidas”*¹⁶⁹.

Desde ésta óptica, el registro de la propiedad se consagra no solamente como un régimen jurídico sobre los bienes inmuebles, sino además sobre los derechos reales relacionados con éstos, la forma como se estructura jurídicamente la entidad, su organización y eficiencia en la práctica misma y sus particulares formalidades. La definición también rescata el proceso de publicidad, de cuenta que otorga validez real al proceso, pues cualquier título de “posesión” y derechos sobre un bien inmueble que no esté en Registro, simplemente es incierto y cuestionable; mientras que los publicados inscritos en el Registro, es lo que se considera exacto, válido y real; díjase existente.

El hecho de la publicidad resulta relevante para quienes deseen conocer sobre las condiciones de un bien inmueble y se manifiesta a través de la simple exhibición de los libros registrales o a través de la certificación registral, que es la documentación de carácter pública, que extiende el Registro y que tiene un valor informativo de los datos de las características físicas del inmueble, titularidad y

¹⁶⁹ Roca Sastre. Citado por García, V. y Rodríguez, A. (2003). INTRODUCCIÓN PRÁCTICA AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, REGISTRO MERCANTIL, REGISTRO DE BIENES MUEBLES Y OFICINA LIQUIDADORA. APR. Asociación Profesional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. España. Página 31.

cargas que puedan recaer sobre éste, otorgando presunción de legalidad de los actos como de los contratos inscritos en ellos reflejados.

El concepto de Derecho Registral puede recibir diversas denominaciones, así lo señala por ejemplo el autor Carral y de Teresa¹⁷⁰, al indicar que a esta rama de la ciencia jurídica se le ha denominado Derecho Hipotecario, Derecho Inmobiliario, Derecho Registral o Derecho Registral Inmobiliario, explicando que quizás este último sea más apropiado que los anteriores. En un sentido más restringido, Muñoz N. y Muñoz R, refieren que definiciones de Derecho Registral, existen tantas como autores se han ocupado del tema¹⁷¹.

Tratando de integrar las diversas denominaciones que se pueden encontrar en la doctrina, se presentan las siguientes, que pueden llegar a reflejar mayor trascendencia en la esencia del concepto:

- a. **Derecho Inmobiliario:** Denominado así por Oliver por surgir tal derecho de la distinción germánica entre bienes muebles e inmuebles.
- b. **Derecho Hipotecario:** Término usualmente utilizado por Jerónimo González por relacionarle con el ámbito de la hipoteca.
- c. **Derecho del Registro de la Propiedad:** Acuñado por Casso, quien entiende que éste es un derecho relativo al “sistema” o “régimen registral” sobre derecho de cosas pudiendo denominarse Derecho del Registro de la Propiedad o Régimen Jurídico Real.

¹⁷⁰ Carral y de Teresa, L. (2004). DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL. Editorial Porrúa S.A. de C.V. 16ª Edición. México. Página 290.

¹⁷¹ Muñoz, N. & Muñoz, R. (2009) DERECHO REGISTRAL... Op. Cit. Página 1.

- d. **Derecho Inmobiliario Registral:** Descrito por Berdejo como el derecho regulador de la adquisición y eficacia de las posiciones registrales. Y Guardiola quien retoma el aspecto de la organización y funcionamiento del registro de la propiedad.

Se hace referencia también a los sistemas registrales, es decir, a las distintas formas como se organizan los Registros. Bajo cualquier perspectiva, el Sistema Registral debe ser entendido como un conjunto de normas que en un país determinado regulan los bienes inmuebles, los derechos reales sobre los mismos y su publicidad a través de los registros de la propiedad, así como las normas que regulan la organización de tales registros.

Desde el ámbito doctrinal se reconocen dos teorías en relación a los sistemas doctrinales: La tradicional, la de Folio Real y la otra que hace referencia a los principios del Derecho Hipotecario. El primero, también reconocido como de Inscripción, se distingue porque atiende a la prevalencia o no en el derecho civil a la inscripción. La consigna sobre ello es: *“No existe acto civil sin que el mismo conste escrito, frente a los que afirman que sí que existe, si bien la inscripción lo complementa”*. El Folio Real comienza por la descripción de la finca a la cual se le da vida mediante el ideal del “folio”, con lo cual una finca aparece con vida propia.

Desde el punto de vista estrictamente sustantivo y formal, Saenz Fernández así como García y Rodríguez, reconocen otros sistemas registrales: **a.** El de transcripción, o francés, denominado así por ser muy utilizado en éste contexto. Se caracteriza por la transcripción literal del documento y se solicita un duplicado para archivo. La transmisión se hace por vía consensual sin necesitar registración. **b.** Sistema de Inscripción, donde se reconocen dos variantes: Primero el español de carácter de inscripción, publicidad y convalidante. La inscripción en este sistema es declarativa y voluntaria, la inscripción jurídica, real inmobiliaria se realiza de forma independiente del Registro. Y por otro lado, el sistema alemán y suizo, que se caracteriza por la Inscripción con valor constitutivo, pues antes del

registro se desarrollan las fases de negocio, el consentimiento y la inscripción que hacen constituir el negocio jurídico real. c. Sistema de inmatriculación, con efecto constitutivo absoluto (muy propio del sistema australiano), que establece que no existe nada que no esté inscrito. Existe un procedimiento de inmatriculación y de depuración.

Los sistemas mixtos se caracterizan por mediar entre los sistemas declarativos y sustantivos. También son denominados sistemas de sustantividad relativa o funcional, muy característicos en algunos países centroamericanos entre los que figura Guatemala. La combinación radica en una inscripción también voluntaria y con efectos declarativos, pero igualmente es un requisito cuando los derechos sobre los bienes inmuebles perjudiquen al tercero¹⁷².

Volviendo al ámbito institucional del registro, el Código Civil guatemalteco define al Registro General de la Propiedad como la institución pública cuyo objeto es la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y bienes identificables, siendo públicos sus documentos, libros y actuaciones. Dentro del marco jurídico registral, se pueden establecer siete principios claves del Sistema de Registros en el país: Principio de Publicidad, Principio de Fe Pública, Principio de Inscripción, Principio de Rogación, Principio de Determinación, Principio de Legalidad, Principio de Prioridad, Principio de Tracto Sucesivo.

Dichos principios emanan por influencia del sistema jurídico español. De hecho son remarcados con insistencia por la Asociación Profesional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Aunque se marcan diferencias, porque éste cuenta también con los principios de Inoponibilidad, Principio de Usucapión, Principio de Exclusión de Usucapión, Principio de

¹⁷² Muñoz, N. & Muñoz, R. (2009) DERECHO REGISTRAL... Op. Cit. Página 13.

Voluntariedad, Principio de Negocio Causal, Principio de Especialidad, desarrollados de una manera más profunda.

En algunos lugares de los Estados Unidos de Norteamérica, se establece el Principio de Buena Fe y el Principio de Inoponibilidad, constituyéndose así en uno de los países que menos principios regula en el ámbito registral, conjuntamente con la Unión Soviética, Puerto Rico y algunos otros como México, que solamente regula con tres principios: Oponibilidad, Especialidad y Prioridad.

En el contexto guatemalteco la importancia de principios registrales radica en que permite comprender las razones por las cuales el Registro de la Propiedad está facultado para suspender u objetar la inscripción de casos registrales que se le presentan. Son el fundamento doctrinario sobre el cual el notario puede manifestar rechazo, mediante un ocurso contra El Registrador. Es por ello que ha sido bien en llamársele en ocasiones: principios pre registrales, pues realmente pueden anteceder el proceso de inscripción, pero igualmente se constituyen en rasgos que permiten establecer la certeza del Registro en sí mismo.

En el contexto español, se considera relevante el principio de Prioridad, y se refiere al hecho de que el acto registral que primeramente ingresa en el Registro se antepone con preferencia, excluyente o superioridad de rango a cualquier otro que no hubiese ingresado aún o lo hubiese hecho con posterioridad. De ahí el axioma surgido: *primero en registro, primero en derecho*.

En Guatemala este principio, también conocido como Prelación o De Rango, se instituye en los Artículos 1141 y 1142 del Código Civil, adjudicándole igualmente el derecho de propiedad a quién primero presenta el documento para inscripción del bien: “Entre dos o más inscripciones de la misma fecha y relativas a la misma finca o derecho, determinará la preferencia la anterioridad en la hora de entrega del título en el Registro”. De esta cuenta, ante un conflicto por la solicitud de dominio sobre un mismo bien, se decide la situación por preeminencia

cronológica, por ello, se exige que el documento sea inscrito con fecha, hora e incluso, con décimas de segundo, por la posibilidad de ingresos simultáneos al contarse con varias ventanillas de recepción de documentos.

Una debilidad de la que adolece el sistema de registro en el país, es el de la carencia de un cierre registral y que en España es un efecto del mismo principio de prioridad. En ese sentido, el artículo 17 de la Ley Hipotecaria española establece lo siguiente: *“que al disponer inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o que sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento.”*

El artículo descrito tiene como finalidad defender el registro, impidiendo que derechos reales desconocidos le afecten. Es decir, el título que primero llega al registro no solamente tiene prioridad por preferencia cronológica, sino además impide que cualquier otro título incompatible se inscriba, aún cuando fuese de fecha anterior.

En este margen, el contencioso se soluciona extrajudicialmente. En relación al mismo procedimiento y para amplitud de comprensión, la Enciclopedia Jurídica de las Naciones Unidas precisa que para que el cierre se produzca, ha de haber una *incompatibilidad u oposición* entre los títulos, pues si fueran compatibles, la prioridad solamente provoca una prelación o concesión de rango preferente y no un cierre registral.

El referente análisis comparativo que De León Barrientos y Gudiel Monroy¹⁷³ también realizan acerca de los principios instituidos en los sistemas registrales de España y Guatemala, permite entrever ésta imperfección en la ejecución del principio de prioridad en éste último país, que no acepta del todo el cierre registral, quedándose solamente en la prioridad estrictamente cronológica o transcripción, ya que la inscripción provisional que asegure la inscripción definitiva, no genera una relación directa, una vez se hayan cumplido los treinta días de plazo que se establecen.

El principio de **Inscripción** se sustenta en la premisa de que solo perjudica al tercero lo que consta inscrito, anotado o cancelado en el registro. Para que un asiento o anotación produzca sus efectos ante terceros debe hacerse constar en el folio real del libro correspondiente¹⁷⁴. Por aparte, Roca Sastre¹⁷⁵ lo define como el *“resultado conseguido mediante la sintetización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia manifestada en una serie de criterios fundamentales, orientaciones esenciales o líneas directrices del Sistema Registral”*. El efecto del proceso es dar seguridad y certeza a los actos y contratos que extrarregistralmente se hayan realizado. Puede decirse que el principio de inscripción, es la parte formal hipotecaria del proceso registral.

El objeto del **Principio de Fe Pública** es el de la protección de la adquisición del tercero registral. Es la garantía que tiene un adquirente de buena fe, al momento de obtener un bien registrado, inscrito debidamente, otorgándole garantía de que si está inscrito, es legal. Este principio se adjudica al Registrador, pues tiene la facultad de certificar que la inscripción es un acto legal a través de la institución que representa otorgándole autenticidad y fuerza probatoria al proceso.

¹⁷³ De León Barrientos, M. y Gudiel C. (2010). LA PRIORIDAD REGISTRAL... Op. Cit.

¹⁷⁴ Muñoz, N. & Muñoz, R. (2009). DERECHO REGISTRAL... Op. Cit. Página 20

¹⁷⁵ Roca Sastre, R. (1942). INSTITUCIONES DE DERECHO HIPOTECARIO. Edit. Bosch. Tomo I. Barcelona, España.

De forma doctrinal, se distinguen varios tipos de terceros registrales. Pérez Fernández¹⁷⁶ hace una distinción entre el tercero en el orden civil y el tercero en el orden registral, reconociendo en el primero a la figura ajena a cualquier contrato o acto sin relación jurídica con ninguna de las partes.

Dentro de este mismo rango también se reconoce al tercero civil adquirente, quien es el que ha entrado en alguna relación jurídica con alguna de las partes de un contrato determinado. Mientras que el tercero registral es el adquirente frente a una situación inscrita en el Registro Público de la Propiedad dentro de un determinado contenido registral.

Otros autores hacen distinción entre el Tercero Interno, el Tercero Externo y el Tercero en general. Reconocen al Tercero Interno como la figura que tiene acceso directo al Registro como sucesor del contrato inscrito, de tal cuenta que su rol se traduce en un Titular Registral. Participa en el proceso otorgando confianza a los datos del Registro y adquiere el derecho de ser protegido. El Tercero Externo sería el sujeto sin relación con la inscripción descrita anteriormente, y participa dentro del proceso registral de manera indirecta como titular de una anotación preventiva de demanda o embargo a través del ejercicio de una acción que no ha tenido protección registral. Mientras que el Tercero en General es ajeno a los actos o contratos inscritos, y su figura se traduce en el sujeto contra quien actúa lo que en el Registro se haga constar debiendo aceptar las inscripciones. Aunque no forma parte del contrato, ni en la compra, ni en la venta, de alguna manera se ve afectado de forma indirecta.

Muñoz y Muñoz¹⁷⁷ advierten que en Guatemala la figura del Tercero no se ha desarrollado ni en la doctrina ni en la legislación, hecho que puede provocar el

¹⁷⁶ Pérez Fernández. (1981). Citado por Muñoz, N. & Muñoz, R. (2009) DERECHO REGISTRAL... Op. Cit. Página 40.

¹⁷⁷ Muñoz, N. & Muñoz, R. (2009). DERECHO REGISTRAL... Op. Cit. Página 41.

alegato de un tercero que se reconozca a sí mismo como Tercero de buena fe y no existe seguridad sobre que sea así o no.

El **Principio de Rogación** se consigna en el Artículo 1127 del Código Civil de Guatemala, mismo que establece que “la inscripción en el Registro puede pedirse por cualquier persona que tenga interés en asegurar el derecho que deba inscribir. Los registradores harán toda inscripción, anotación o cancelación, dentro del término de ocho días, contado desde la fecha de recepción del documento”.

Se entiende este principio como el proceso de solicitud de inscripción al Registro de una compraventa presentada por una parte notarial. El procedimiento se adjudica a la parte interesada de la inscripción y no al Registrador, pues no puede proceder de forma arbitraria sin el consentimiento del interesado, eso sí, una vez iniciado el proceso los trámites posteriores se practican de oficio.

Ahora, la debilidad del proceso podría presentarse precisamente en el aspecto de la arbitrariedad. El Registrador tiene como función el inscribir, y la negación de tal hecho supone una excepción al deber de prestar las funciones registrales, que ha de estar suficientemente justificado. Si hay razones para la negación al derecho de los ciudadanos a la inscripción de un bien debe ser suficientemente razonada y motivada, de manera que no se incurra en el abuso del poder del funcionario público.

Otro principio que como el de Rogación tiene un carácter formal, es el de **Tracto Sucesivo**, el cual se consagra en los artículos 1130 y 1134 del Código Civil guatemalteco y hace referencia al requerimiento de una inscripción sucesiva en orden cronológico: “La primera inscripción será la del título de propiedad o de posesión y sin ese requisito no podrá inscribirse otro título o derecho real relativo al mismo bien”. El artículo aclara que la inscripción solo podrá modificarse, ampliarse o enmendarse en los casos de una resolución judicial firme o ante la presentación de testimonio de escritura pública, ante lo cual se deberán cumplir

ciertas exigencias. De esta manera las inscripciones se realizan una en pos de la otra, y su sucesión cronológica respetan la fecha y la hora.

La importancia del principio radica en el hecho de que al estudiar un inmueble registrado, se establece su historia, su procedencia legal y se reconoce a la persona que adquiere el bien inmueble en su oportunidad. A la luz de tales planteamientos pareciese que más que un principio hipotecario o del Registro, el tracto sucesivo fuese un requisito de inscripción, de allí su naturaleza de principio “formal”, y dicho sea de paso, Fernández y Lacruz Berdejo¹⁷⁸ le consideran solamente un requisito de inscripción, pues formaría parte del mismo proceso previo a la mera titulación registral.

Roca Sastre sin embargo, le concibe como un estricto principio, indicando que como tal, exige que el historial jurídico de cada finca figure en el Registro sin solución de continuidad y que las inscripciones se sucedan debidamente engarzadas, de tal modo que el adquirente, sucesor o causahabiente en uno de dichos asientos sea, precisamente el transferente, causante o autor en su inmediato anterior. El principio de tracto sucesivo viene impuesto por el sistema de folio registral, propio del ordenamiento hipotecario, que implica la llevanza del Registro por fincas, y que pretende el mayor paralelismo posible entre el contenido del Registro y la realidad jurídica extrarregistral¹⁷⁹, pretendiendo reflejar la veracidad de la realidad jurídica de la forma más transparente posible.

El principio del tracto sucesivo evita el desorden registral, de manera que la calificación otorgada por el Registrador excede al control de legalidad de los títulos; en tal sentido y por los obstáculos que pudiesen derivarse de una inadecuada práctica del asiento registral solicitado, también se le exige un examen

¹⁷⁸ Fernández y Lacruz Berdejo. Citados por Rioja Bermúdez, A. (2014). EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO Y LA DOBLE MATRICULACIÓN DE FINCAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Información doctrinaria y jurisprudencial del derecho procesal civil. Dirección de Informática Académica DIA de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Perú.

¹⁷⁹ Ibid.

del contenido del registro, hecho que sería imposible ante el caso de un desorden en la tabulación. El tracto sucesivo exige una correlación en los datos de identidad personal y título en la inscripción registral, un ordenamiento sucesivo de los asientos. Un proceso de correlación débil puede, en consecuencia, incurrir en una doble inmatriculación. La doble inmatriculación es entendida como el hecho de que una misma finca se encuentre inmatriculada en dos folios independientes uno de otro. Ello denotaría un descontrol de la inscripción de las tierras. Rioja Bermúdez (2014) asevera que existe doble inmatriculación cuando las dos fincas son absolutamente idénticas entre sí, aunque sus respectivas descripciones, especialmente en cuanto a linderos, estén hechas de una manera diferente. También hay doble inmatriculación si una de las fincas coincide sólo parcialmente o se encuentra superpuesta con respecto a otra. La inmatriculación también puede ser de tipo plural si se ha producido más de dos veces.

Mientras que volviendo a Roca Sastre, la doble inmatriculación de fincas constituye un estado “patológico” o irregular que se produce a veces en el Registro de la Propiedad, consistente en que una misma finca o parte de ella conste inmatriculada dos o más veces en hojas, folios o registros particulares diferentes dentro de una misma sección del propio Registro. Esta doble inmatriculación puede presentarse de varias formas, es más, hasta se han configurado distintas clases dependiendo de las características de la duplicidad en el registro así:

a. Inmatriculación doble a nombre de una persona. En tal caso una misma finca aparece registrada a nombre del mismo titular registral pero en folios distintos. Debido a la naturaleza de la duplicidad en el registro sobre una misma identidad titular, realmente cabe la duda sobre si debiera llamársele inmatriculación doble o se trate solamente de una duplicidad de la misma información. Aunque el hecho no deja de ser preocupante por las posibles causas de esta repetición.

b. Inmatriculación doble a favor de varias personas. Es decir de fincas con las mismas características, inscritas en distintos folios, pero con titularidad registral distinta.

Indistintamente de la forma de inmatriculación de la que se trate, lo cierto es que el desorden de tipo registral, negligente o no, resta certeza jurídica al proceso hipotecario o al registro de la propiedad como medio técnico para asegurar este principio. Existen datos que apuntan a que Guatemala es un país que cuenta con tres niveles superpuestos de tierra, pues al sumar el total de inscripciones razonadas, se obtendría un resultado que sobrepasa la extensión real del territorio guatemalteco hasta en un equivalente al triple de su extensión territorial. El dato se asumiría como un efecto de una duplicidad o multiplicidad de inmatriculación, situación que también podría provocar que los legitimados titulares existentes, puedan disponer el bien en cualquier momento creando contenciosos indeseables.

El principio de **Legalidad** pretende otorgarle el sentido legal al proceso registral. Para ello, el título debe ser sometido a una previa calificación minuciosa, de manera que en los asientos se tenga acceso a títulos validados, reales. El proceso de licitud del proceso implica que el registro se efectúa en concordancia con las normas legales vigentes. El juicio de valor debe otorgarse cuidando aspectos esenciales tales como calificar con minuciosidad los documentos notariales, tomando en cuenta la redacción del documento, la competencia y autenticidad del notario, el pago de los tributos correspondientes, el uso del papel adecuado y otras circunstancias atinentes. Un descuido en todo el proceso de inscripción puede ocasionar divergencias entre la situación del hipotecario real y el registro del inmueble.

El Principio de **Determinación**, es una forma de caracterizar e individualizar con exactitud un bien inmueble para su diferenciación plena de otros y un reconocimiento facilitado. Este principio establece el bien que se inscribe,

determinando su extensión, gravámenes, anotaciones, limitaciones, gravámenes y demás circunstancias legalmente necesarias. El cuidado que el registrador debe poner en las particularidades del bien inmueble, es sustancial para que se haga coincidir de forma exacta la realidad con la inscripción.

El principio de **Publicidad** es uno de los más desarrollados por la teoría en sistema registral, quizá porque se constituye en el proceso que transparenta y hace notorio el estado lícito del proceso, es una exposición explícita de la realidad extrarregistral haciéndola pública, además es relevante por el tema de Oponibilidad.

El problema en este caso, es la diferencia que se pueda presentar en la naturaleza de los derechos, pues se puede incluso llegar a favorecer la ilegalidad, a aquellos hechos reales que no fueron inscritos, incluso por sobre los que sí lo estaban, ello por una debilidad en el cumplimiento del principio de publicidad, que en consecuencia también anularía el principio de Prioridad.

5.4. PROCESOS DE MODERNIZACIÓN

Vale indicar que la propuesta del postulado registral, se sustenta entre otras cosas, en el recién explicado principio de publicidad, por dar solución al problema del tráfico inmobiliario y a la incertidumbre que originaba la existencia de gravámenes ocultos. El acreedor confía en la información otorgada por el Registro, pero la debilidad publicitaria puede afectar el tráfico mercantil de naturaleza hipotecaria, dada la carencia de certeza que produce y la posible inconsistencia entre la certificación inscrita y la realidad extrarregistral.

Un hecho agravante al cumplimiento del principio de Publicidad lo constituye el de la falta de modernidad de los procesos de inscripción. Hasta el momento no se completa el proceso de digitalización que permita la conservación

electrónica de las inscripciones, al menos en el Segundo Registro de la Propiedad, pues aún existen muchas fincas que sólo pueden consultarse en los libros físicos, con las dificultades de lectura que se pudieran presentar en un momento determinado, y las consultas a distancia tampoco se han logrado perfeccionar en este segmento de fincas.

Por mucho tiempo, la infraestructura y los procedimientos utilizados por el Registro General de la Propiedad fueron precarios. Tanto las instalaciones como el equipo de trabajo utilizados eran inadecuados, obsoletos y débiles ante la acción demandante de la población. Las operaciones que se relacionaban con fincas se trataban de forma manual. La operación y devolución de un documento podía durar meses.

El proceso de modernización del Registro General de la Propiedad dio inicio entre noviembre de 1995 y principios de 1996 con la implementación de un sistema de operación electrónico y la digitalización con el fin de preservar aproximadamente 6,000 libros físicos, mismos que fueron escaneados y almacenados en discos ópticos, 50 de los cuales fueron excluidos del proceso¹⁸⁰. Ésta serie de modificaciones estructurales y la implementación de tecnología informática de punta, permitió que el Registro General de la Propiedad pudiese ofrecer servicios más ágiles, rápidos y certeros en el cumplimiento de sus funciones y siempre observando garantizar a los usuarios la seguridad jurídica registral.

Pero no es sino hasta 2004 que arranca una evidente modernización y remodelación de sus instalaciones físicas y equipo a utilizar, introduciéndose la implementación de un sistema de operación electrónica y la digitalización de los libros físicos, revisando integralmente todos sus procesos, principalmente porque

¹⁸⁰ Moreno, L. y Erba, D. (2007). EL CATASTRO TERRITORIAL EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

se implementa un sistema de consulta en línea (vía internet), aunque para realizar una consulta en relación a un bien inmueble, se hiciese necesario ingresar el código de identificación de la propiedad y muchas veces no se cuenta con esa información. No obstante, los avances del sistema aseguran una agilización de los procesos en beneficio de todos los usuarios.

A partir del 2007, con la apertura de un nuevo centro de atención del Registro de Propiedad, se anuncia nuevamente la modernización de los procesos registrales en el país, con la introducción de novedosos procesos de consulta electrónica de propiedades, biblioteca virtual, seguimiento de trámite de documentos, devolución de documentos, venta de consultas tanto personales como electrónicas, entre otros servicios básicos que agilizaban las acciones de este tipo. Más tarde se crearía la oficina de Seguridad Registral y Apoyo a los Operadores de Justicia Penal, cuya visión se plantea como el brindar apoyo técnico y científico en materia de seguridad en la operación registral, contribuyendo de esta forma a garantizar el derecho de propiedad, constitucionalmente establecido.

Luego, en el 2008, se habilita el módulo de Atención al Usuario como un apoyo a los operadores de Justicia Penal, realizando expertajes grafológicos y dictámenes de documentos; así como consultas de documentos de identificación a las municipalidades y a la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), como forma de corroboración de la numeración de las hojas del Papel Especial de Protocolo que se han autorizado a los notarios.

Mientras tanto y como ya se había mencionado, en el Segundo Registro de la Propiedad, la situación no ha tenido la misma viabilidad. Fue hasta en el mes de septiembre de 2006 que comenzaron a digitalizarse las fincas, pero no se trató de un proceso integral que buscara conservar electrónicamente la totalidad de fincas inscritas, pues quizás no se contaba con los mismos recursos. El hecho es que las fincas se fueron conservando a medida que se fueron presentando

operaciones registrales sobre las mismas, lo que no permite determinar qué porcentaje -seguramente alto- de fincas, aún siguen sin conservarse, por no haber observado movimientos registrales desde aquella fecha. A la fecha, se sigue el mismo procedimiento, conservación por operación. Y las fincas nuevas que se van formando, ya son electrónicas.

La necesidad impostergable de la modernización, se dirigió entonces a digitalizar todos los libros mayores, para tener un acceso informático a la totalidad de inscripciones, pero los procesos de captura de imágenes tuvieron fracasos iniciales, por no contarse con empresas suficientemente tecnificadas.

Finalmente, y luego de haber ganado una licitación, la corporación GBM-Sedla se hizo cargo del proceso final, con los siguientes pasos: los libros eran revisados por personal del Segundo Registro, antes de ser entregados a GBM-Sedla, para comprobar que todos los folios de cada libro estuvieran completos. De allí, pasaban al proceso de captura de imágenes. Para este proceso se utilizaron tres scanners marca Atiz modelo BookPro. En este proceso se tomaba una fotografía de alta resolución por cada página de cada libro. Cada fotografía al salir de este proceso pesaba aproximadamente 5.5 Megabytes. Una vez que se terminaba de escanear el libro, pasaba al proceso de Tratamiento, en el cual cada página era recortada, se le aplicaban filtros y compresiones digitales y la imagen que anteriormente pesaba 5.5 Megabytes después de este proceso terminaba pesando tan solo 450 Kilobytes de promedio.

Al terminar esa fase, cada libro pasaba un control de calidad, en el que se revisaba cada imagen, confrontándola con el libro físico y comprobando que cumpliera con los estándares de calidad y compaginación, para que fuera una copia exacta del libro físico. Si una imagen no cumplía con los estándares, era regresada al proceso en el que había falla, cuantas veces fuera necesario.

Luego de haber pasado el control de calidad, los libros pasaban al proceso de Indexación. En este proceso a cada imagen se le indexaba la siguiente información:

- Número de finca
- Si era un segmento completo (si la finca nacía y terminaba en ese mismo folio).
- Si era un segmento inicial (si la finca nacía en este folio, pero continuaba en otro folio del mismo libro, o en otro libro distinto).
- Si era un segmento medio (si la finca iniciaba en otro folio del mismo libro o de un libro distinto y continuaba a otro folio del mismo libro o de otro libro).
- Si era segmento final (si era el último segmento de una finca que había nacido en cualquier otro folio del mismo libro o de cualquier otro libro)

Terminado el proceso de Indexación, cada libro pasaba al proceso llamado Re-Indexación. En este proceso se hacía exactamente lo mismo que en Indexación, solo que por una persona distinta. El sistema no permitía automáticamente que una misma persona hiciera los dos procesos (Indexación y Re-Indexación). Esto se hizo para tener un control cruzado de calidad, ya que es difícil que dos personas cometan un mismo error al digitar información.

Una vez terminada la Re-Indexación, se pasaba al proceso de Dirimencia, en el cual solo llegaban los datos que no coincidían con la información que se ingresó en Indexación y en Re-Indexación, como un número de finca con cifras variadas, entonces se revisa la información y se marca el proceso que ingresó la información correcta, y si ninguno de los dos fue ingresado correctamente, este proceso servía para rectificar cualquier error, pues ya que se realizaba una revisión más exhaustiva del inmueble, para corregir todo.

Terminado de dirimir cada libro, era entregado al proceso de Certificación, en el cual pasaba un control de calidad de imagen, compaginación, concordancia

entre segmentos, para que no faltaran las “pasadas” o los “saltos”, es decir, los traslados de las fincas que pasaban a varios folios y libros. Este proceso era hecho por personal del Segundo Registro, los cuales aceptaban o rechazaban una finca. En este proceso la información que llegaba ya no era en libros, si no que eran fincas terminadas, las cuales fueron revisadas y certificadas, una por una, pasando de esa manera el control de calidad del Segundo Registro, para entender que la imagen era correcta, que la finca estaba completa y que no le hacía falta ningún segmento.

Los principales problemas que se afrontaron en este proceso de digitalización, fueron las llamadas “fincas huérfanas”, pues devenían de malas desmembraciones, se trataba de fincas nuevas que no fueron anotadas en su respectiva finca matriz. También las llamadas “fincas híbridas”, pues aparecían con números repetidos o con números distintos a los que tendrían que haberles correspondido. También hubo otro serio problema con los libros de “pasadas”, que fueron los libros que hace unos quince años se habilitaron para introducir manualmente información, intentando reproducir fielmente libros muy antiguos y deteriorados que ya no permitían una consulta adecuada; el caso es que la “pasada” no siempre fue hecha de manera idónea o fidedigna, con falta de conocimiento técnico, y eso afectó la información de las fincas. Este delicado problema, aunado a varios folios deteriorados, se ha ido resolviendo en el Departamento de Estudio de Fincas del Segundo Registro.

Todo el proceso descrito duró diez meses¹⁸¹, entre junio de 2014 y abril de 2015, sobre un total de 3,300 libros, que dio como resultado 711,717 fincas digitalizadas. El trabajo es altamente satisfactorio y lo que ahora se requiere es el traslado de esas imágenes, que bien podrían considerarse históricas, hacia la pura información digital ya tamizada y de fácil consulta, es decir, eliminando todo lo que ya no esté vigente ni sea necesario, así como interpretando adecuadamente lo

¹⁸¹ Los datos presentados, fueron obtenidos por investigación efectuada directamente dentro de las instituciones involucradas, en base a un acompañamiento al proceso, por interés personal del autor.

que por haber sido introducido de manera manual, no permita legibilidad, no obstante la calidad de las imágenes.

5.5. EL POSTULADO CATASTRAL

Pese a la modernización de los procesos de registro, un problema de la seguridad jurídica en el país, es el desmérito del cual adolece el sistema catastral, hecho que se evidencia en el uso que se le adjudica a sus oficinas, cumpliendo más una función recaudadora de impuestos (territorial o de herencias), que la de entidad que brinde certeza jurídica a la tenencia de la tierra. Es bien sabido que durante décadas prevaleció únicamente la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles (DICABI), con fines de ubicación de valores de fincas, pero muy poco en cuanto a determinar ubicaciones, extensiones y muy importante, los propietarios vigentes. Luego, las escasas políticas de descentralización del país que buscaban implementar oficinas de catastro en cada municipalidad, con el fin de establecer el ordenamiento territorial local. Pero el proceso quedó a medias, no se extendió a todas las municipalidades, y en las que sí cuentan con catastro propio, lo que ha prevalecido es el mismo tema de la recaudación de impuestos, sin avances determinantes en el tema de la certeza de la propiedad. DICABI como un Catastro, fue inoperante.

Otra falencia es la relación entre el sistema catastral y el registral. La funcionalidad de ambos sistemas exige de una coordinación atinada, de manera que los datos reales y físicos de los inmuebles sean los mismos que aparecen inscritos en el Sistema de Registro de la Propiedad.

De hecho, la legislación vigente sobre el sistema catastral en el país, establece que la función del mismo es configurar un inventario gráfico y descriptivo sobre la información territorial legal del país. El levantamiento de la información implica un análisis de tipo geográfico, catastral y jurídico, que conlleva varias fases

y subfases de investigación registral, debido a que es necesario ubicar y establecer los límites espaciales de la finca en relación a las colindantes y la correspondencia entre éstas.

El Registro de Información Catastral (RIC), como indican los autores Figueroa y Ramírez¹⁸², es el que se creó a efecto de ser la autoridad competente en materia catastral, siendo para ello responsable de establecer, mantener y actualizar el catastro nacional, orientado a la certeza y seguridad jurídica de la propiedad, tenencia y uso de la tierra. Sus antecedentes, como lo indican los mismos autores, se remiten a los postulados constitucionales y a los Acuerdos de Paz sobre los aspectos socioeconómicos y situación agraria, y a la propia y reiterada necesidad de seguridad jurídica¹⁸³.

Su fundamento legal está contenido en el Decreto 41-2005, donde de hecho y entre otras justificaciones, en su primer considerando se señala que se origina por la necesidad del cumplimiento de los deberes del Estado, entre ellos: la justicia agraria, la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra y el desarrollo sostenible en el campo en condiciones de igualdad. En la práctica puede encontrarse un amplio fundamento para su creación, en el hecho de que se ha considerado que es posible que hasta un 70% de la tierra en Guatemala se tiene en derechos posesorios o no registrados, o al menos, no está debidamente registrada por duplicidades o multiplicidades, en base a declaraciones juradas de posesión, sobre tierra que antes estuvo registrada, pero que al observar irregularidades en las sucesiones, se ha optado por declararla de nuevo en posesión, sea con conocimiento de causa o por puro desconocimiento en la materia, e incluso por la falta de recursos económicos que implican los procesos de legalización registral hacia los mismos sucesores.

¹⁸² Figueroa Perdomo, C. L. y Ramírez Gaitán, D. U. (2010). DERECHO REGISTRAL I. Sin editorial. Impreso en Zona Gráfica. Guatemala. Página 115.

¹⁸³ Ibid. Página 116.

En este sentido, que por cierto en el futuro podría causar alguna conflictividad, el Catastro vendría a resolver problemas de ubicación, especialmente sobre tierras no registradas o irregularmente registradas, con lo cual daría un espaldarazo definitivo a los Registros de la Propiedad, proveyéndoles de lo que estos no cuentan, es decir, la información de lo no registrado y su posterior titulación masiva, anhelo complejo pero necesario, así como un panorama general entre lo registrado y lo no registrado, el inventario de titularidad o índice de propietarios, la ubicación geográfica exacta, referencias geodésicas, latitudes y longitudes, y en suma, todo lo que se requiere para completar ese enorme andamiaje que vendrá a ser, la exacta información de la tenencia de la tierra, para resolver ese problema que no debe postergarse más.

La acepción al Catastro y su funcionalidad en la realidad, depende más del contexto jurídico, político, social y cultural donde se manifiesta, por lo que existen criterios generales sobre su definición, sobre todo relacionados con la caracterización inventariada de los bienes inmuebles de un territorio. Pereña¹⁸⁴ le define como el sistema de información del territorio que contiene datos físicos (descripción gráfica), jurídicos y económicos de todos los bienes inmuebles. En este sentido, el Catastro se constituye en una base de datos inmobiliaria para las administraciones públicas y la ciudadanía. Su función es constituir un “registro territorial, con la finalidad de capturar información, incorporarle valor añadido y distribuirla y publicitarla.”¹⁸⁵

Originalmente la definición de Catastro se relacionaba más con la recaudación con fines tributarios, pero esta visión de naturaleza fiscal ha perdido terreno ante el impulso de la administración moderna, realzando la necesidad del desarrollo de los sistemas de información territorial. Ahora, éste análisis de la característica tributaria del Catastro no ha de limitarse a un orden estrictamente

¹⁸⁴ Pereña, J. (2003). DESCRIPCIÓN Y TEORÍA GENERAL DEL CATASTRO. Ediciones UPC. Universidad Politécnica de Catalunya. S.L. Barcelona, España. Página 11.

¹⁸⁵ Ibid. Página 17.

cronológico en la historia, no puede ser vista solamente desde la verticalidad de su desarrollo, sino también en función de sus finalidades secundarias en los distintos contextos o países, dicho en otra forma, una visión horizontal de la situación.

Pereña¹⁸⁶ indica que, si bien es cierto que la finalidad primaria inscrita en la definición de Catastro es la de disponer un inventario y registro de los bienes inmuebles de un territorio, ello no excluye una finalidad secundaria, que sería la del aprovechamiento de la disponibilidad de tal información con el fin de cubrir necesidades básicas de cualquier país. Apunta además, que hay una diferenciación en la priorización de la finalidad del catastro entre los diferentes países y regiones. Las funciones que el catastro cubre dependen del marco jurídico circunscrito en un país determinado, así la orientación fiscal es mayormente favorecida en los países latinos, mientras que la orientación jurídica es priorizada en el ámbito germánico. De ahí que no resulte extraño la funcionalidad priorizada del Catastro en Guatemala, pero sí es necesario advertir que actualmente desde un avistamiento teórico, ambas funciones son estimadas con igual importancia y se entienden como situaciones que se han de complementar, para acentuar la relevancia de la existencia de éste sistema.

Como entidad pública, al Catastro le compete centralizar la información recabada. La publicidad de la información no implica su dispersión, pues en tal caso la certeza sobre el proceso se perdería. Aunque se debe resaltar que de esa función de dar a conocer la información, se valen otras entidades y disciplinas que requieren de una base de datos para el conocimiento territorial. Por ello Pereña señala que la funcionalidad del catastro se ha de contemplar desde una perspectiva globalizadora e institucional, en atención a múltiples agentes y organizaciones que se encuentran involucrados con la gestión de su mantenimiento y con su utilización.

¹⁸⁶ Ibid. Página 21.

Sobre ello, Cavallé¹⁸⁷ enuncia que muchas veces el procedimiento para identificar de forma muy particularizada una finca, puede hacer incurrir en la utilización de muchos códigos que en vez de colaborar, clarificar y simplificar esta información otorgada, la hacen más confusa, generando mayor inseguridad. En el caso de Guatemala los códigos de clarificación catastral utilizados, referencian la división política y administrativa, combinando una expresión numérica y alfabética, aunque en ocasiones solamente se hace uso de una de las dos formas para identificar un predio en una determinada región. La codificación expresa de izquierda a derecha, el departamento, el municipio, polígono y el predio.

La teoría catastral tiene como objeto los bienes inmuebles. Dentro de estos se pueden citar el mismo suelo y lo que en él se encuentre incorporado, como un bosque, una construcción, camino, minas, una finca, un predio, un bien mueble en sí mismo, una construcción monumental, un jardín y otros elementos que se suelen agrupar como referencias geodésicas. Estos bienes suelen diferenciarse entre los de naturaleza urbana y la rústica o rural.

Debido a sus características y particularidades, el tratamiento catastral de los bienes inmuebles en el área urbanística, debiera ser distinta a la rural. Moreno & Erba¹⁸⁸ indican que en Guatemala no existe diferencia propia: la aplicación de la Ley del RIC es de índole general para ambos territorios, aunque los catastros municipales urbanos que se han configurado en los últimos años con fines más fiscales que jurídicos, tienen una lógica propia. Indica Pereña que en el caso del urbanismo, el Catastro valora y determina la potencialidad económica de los inmuebles en función de las regulaciones urbanísticas concedidas a alguna finca o parcela.

Pero el urbanismo también se plantea como una actividad planificadora, misma que debe sustentarse en un conocimiento profundo del territorio, así como

¹⁸⁷ Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO... Op. Cit. Página 29.

¹⁸⁸ Moreno, L. y Erba, D. (2007). EL CATASTRO TERRITORIAL... Op. Cit.

de sus usos, intensidades, valores, entre otros. Por ende, un replanteamiento de los procedimientos para el tratamiento de los inmuebles en el área urbana resulta una necesidad inmediata, no solo para solventar la problemática en torno a la existencia de hechos fraudulentos relacionados con los títulos de propiedad y suplantación de los propietarios, sino también para gestionar políticas públicas en función de un ordenamiento territorial urbanístico. Este replanteamiento ha de situarse desde una postura no solamente empírica, sino también teórica. Reflexionarla desde lo teórico y corroborarla desde lo físico.

Debido a la elevada presencia de territorio rural en el país, el catastro de estas zonas, resulta de particular importancia. Ya se advirtió en relación a la problemática agraria, al conflicto que genera la posesión de la tierra, la cantidad elevada de bienes que carecen de registro o lo hacen de forma empírica y al hecho de que ante la inexistencia histórica de un sistema de Catastro en el país, exista inseguridad en relación a la caracterización explícita del predio, a la posesión y propiedad de la tierra, así como a los derecho de uso.

Realmente no existe precisión sobre la tenencia de la tierra en el área rural. Hasta el 2012, el entonces Director de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles del Ministerio de Finanzas Públicas de la República de Guatemala, enunciaba en la 5ª Reunión del Comité Permanente sobre el Catastro en Iberoamérica, realizada en Costa Rica, que solamente un 51% del total del territorio guatemalteco se encontraba en proceso de catastro (aproximadamente 160,000 predios levantados y únicamente 12,000 predios catastrados).

Tan solo para la ejecución de la segunda fase de levantamiento catastral, el Estado otorgó 62.3 millones de dólares, que comenzaron a usarse en el 2009 y finalizan en el 2015. Según la misma fuente de información, el BID otorgó un préstamo de 22 millones de dólares con fines de modernización del registro catastral del sistema de áreas protegidas.

Otras fuentes consultadas por el autor de esta investigación, indican que de la cantidad de propiedades rurales en el país el 71.56% de las propiedades no están debidamente registradas, por tanto, solamente un 28.44% de estas tierras contaba hasta el 2009 con un registro legal, un 9% de estas “posesiones” adolecen de un documento notarial, legal, que ampare o legitime la tenencia¹⁸⁹. Mientras que Moreno y Erba¹⁹⁰, estiman que es un 70% del territorio el que se encuentra inmerso en una maraña de confusión de títulos y superposición de límites, obstaculizándose el elemento estratégico necesario para la definición de una nueva política de desarrollo económico.

El proceso de certificación de la realidad física se realiza a través de una sucesión de aspectos entre los que figuran las siguientes fases técnicas: la identificación particularizada de la finca a través de una referenciación estricta catastral; la localización cartográfica; la caracterización de la dimensión superficial, así como la especificación de tipo física que hace referencia al uso, intensidad y aprovechamiento del suelo; la jurídica, refiriéndose a la personificación del sujeto sobre quién recaen los derechos de uso; y la económica, es decir, el avalúo catastral y cualquier gravamen de tipo fiscal que corresponde a las tesorerías de administración pública.

Posteriormente se efectúa la inscripción catastral que se refiere a la consignación formal y material al Registro Territorial, proceso que viabiliza el conocimiento oficial y público de la existencia del nuevo inmueble o de sus características nuevas “con los efectos y consecuencias que la legislación y costumbres de cada país concedan a dicho acto inscriptorio”¹⁹¹. Consecuentemente, se realiza un tratamiento de la información origen, consistente

¹⁸⁹ Guzmán, P. (2009). ESTUDIO SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TENENCIA DE LA TIERRA Y LOS PROBLEMAS DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN LOS MEDIOS RURALES. Tesis de Maestría. Universidad de San Carlos. Ediciones Mayté. Guatemala. Página 52 y siguientes.

¹⁹⁰ Moreno, L. y Erba, D. (2007). EL CATASTRO TERRITORIAL... Op. Cit.

¹⁹¹ Pereña, J. (2003). DESCRIPCIÓN Y TEORÍA GENERAL DEL CATASTRO... Op. Cit. Página 36

en la formalización de la inscripción gestada, misma que se viabilizará a través de registros específicos en el medio de codificación y consignación de datos para su publicación.

Jurídicamente, podrían mencionarse como las fases catastrales a efectuar, según Mesa (2006), las siguientes: Actividades previas (según artículo 28 de la Ley del RIC), establecimiento catastral (artículo 32), levantamiento catastral (artículo 33), declaratoria de predio catastrado regular o irregular (artículos 35 y 36), declaratoria de zona catastrada (artículo 40) y mantenimiento catastral (artículo 45).

Organizacionalmente, el catastro en Guatemala ha sido objeto de distintas modificaciones en atención al entramado complejo de la situación de la tenencia de la tierra. En la época colonial la conformación del sistema de catastro se regía por los Registros del Juzgado Privativo de Tierras. Durante la época independiente por los por los Catastros Fiscales y recientemente por el Instituto Nacional de Transformación Agraria y las municipalidades. Son las negociaciones entre las organizaciones campesinas y sociales las que propician la legislación específica del RIC. Su estructura orgánica se conforma de un Consejo Directivo integrado por el Ministro de Agricultura Ganadería y Alimentación, el Registrador General de la Propiedad, el Director del Instituto Geográfico Nacional, delegado de la Asociación Nacional de Municipalidades y del Colegio de Ingenieros, delegado del Colegio de Abogados y Notarios.

Hay que remarcar que el RIC es el encargado de coordinar con las instituciones del Estado y organizaciones sociales, las funciones relacionadas con el catastro. Entre muchas de sus atribuciones se encuentra la de definición de la política catastral y velar por el cumplimiento de las funciones del Registro de Información Catastral.

La estructura organizacional también cuenta con una Dirección Ejecutiva y Direcciones Municipales del Registro de Información Catastral. Cabe afirmar que ésta última entidad es obligada legalmente para que en coordinación con el Estado otorgue seguridad físico-jurídica a la propiedad¹⁹².

Dentro del proceso de investigación resulta sustancial la concordancia del sistema de catastro con entidades como el Instituto Geográfico Nacional (de hecho, las mediciones de las características físicas del predio deben referenciarse en este sistema geográfico), el Fondo de Tierras, Consejo Nacional de Áreas Protegidas, Instituto Nacional de Estadística y Municipalidades, entre otras, mismas que proporcionan información y archivos para la configuración de resultados legítimos sobre la situación física de una finca determinada. Ello, porque legalmente se exige con claridad un análisis minucioso jurídico, de manera que se pueda establecer la situación jurídica del objeto en relación con el sujeto para determinar la regularidad o no del predio o finca.

El artículo 24 de la Ley del RIC, establece la correspondencia de titularidad para definir las regularidades e irregularidades de la tenencia de la tierra. La irregularidad es asumida como la carencia de inscripción en el Registro de Propiedad, así como la falta de concordancia entre el área inscrita en el Registro de Propiedad y la realidad física, la duplicidad de títulos, carencia de especificación de aspectos físicos en la inscripción y la incongruencia titular entre lo registral y lo catastral.

El sistema también se encuentra obligado a coordinar funciones con la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio Público, los Tribunales de la

¹⁹² Mesa Dávila, F. (2006). IMPLICACIONES DE LA LEY DEL REGISTRO DE INFORMACIÓN CATASTRAL PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA INMOBILIARIA EN GUATEMALA. Ponencia presentada al III Congreso Jurídico Landivariano en Quetzaltenango. Universidad Rafael Landívar. Página 8.

República y el Notariado. Entre esto y el propio levantamiento catastral, hay mucha tarea por hacer, en tiempo y en organización.

La eficacia del proceso catastral, manifestada en la agilidad y fiabilidad de los datos, se encuentra ligada a la necesidad de la informatización del proceso y la modernización en la gestión catastral, haciendo uso de las nuevas tecnologías de la información. El levantamiento cartográfico digitalizado a gran escala se constituye en una posibilidad para mejorar el sistema y viabilizar la confiabilidad en la información territorial provista. Así, desde la promulgación de la Ley del RIC, se declararon las zonas de actividad registral, entre los que figuraban departamentos de Escuintla, Petén, Suchitepéquez, El Quiché, Izabal, Zacapa y Chiquimula. Actualmente, se cuenta con información cartográfica geo-referenciada solamente de 66 municipios, según datos del portal electrónico del RIC. Se tiene entendido que el elevado costo del proceso, así como la falta de voluntad política para clarificar la tenencia de la tierra ociosa entre una minoría de la población, son algunas de las causas por las que el proceso no ha avanzado lo suficiente para dar cumplimiento a los principios de su origen.

Se ha podido constatar en el Segundo Registro de la Propiedad, que hay “alertas” en inscripción, a efecto de cumplir con la Ley del RIC y presentar planos autorizados por dicha entidad, únicamente para operaciones que correspondan al municipio de Pachalum, departamento de Quiché, por estar ya catastrado.

En mucho podría contribuir el fortalecimiento de los Sistemas de Información Geográfica en la constatación de datos, coadyuvando en parte en la disminución de la conflictividad agraria que vive el país, inclusive. El proceso del fortalecimiento del catastro en el país contribuye con la seguridad jurídica y clarifica la situación del territorio, sus usos y derechos de uso.

Cavallé¹⁹³ destaca que los medios prácticos con los cuales el Catastro contribuye de manera efectiva a la seguridad jurídica, es dando publicidad acerca de la realidad física de las fincas, transparentando la siguiente información: la referencia catastral, la certificación descriptiva y gráfica y la Oficina Virtual. En el campo da garantías de seguridad jurídica y provee a los usuarios confianza sobre las transacciones efectuadas con los bienes inmuebles. En definitiva, la información de los datos económicos, físicos y jurídicos que el Catastro otorga sobre los predios o fincas rurales y urbanas, dota de transparencia al sistema jurídico, a través de las certificaciones con contenido gráfico y descriptivo de los documentos públicos, dejando constancia de los hechos, las negociaciones y los actos reales que denotan la adjudicación de los derechos respectivos.

En realidad, el fin del sistema catastral es multifacético, pues además de lo expuesto en términos de la seguridad jurídica, eleva la eficiencia de los servicios estatales y el desarrollo de las políticas públicas, en tanto que refleja la realidad territorial con fines de proporcionar criterios para la planificación, reordenamiento y regularización del proceso en términos de tierra, o en otras palabras clarifica la territorialidad con fines de gestión rural y urbanística y, al servicio de la administración pública. Desde el punto de vista informativo, el Catastro compila datos de relevancia para estudios descriptivos y aplicados, transparenta la realidad territorial para analizarla y ejercer juicios para su reordenamiento. En el ámbito jurídico el censo catastral se plantea como una prueba eficaz para contenciosos posesorios entre sujetos particulares. Por otro lado, es un tema que se asocia con el emergente Desarrollo Sostenible, por dotar información valiosa sobre el uso del suelo y su relación con el desarrollo económico local; a la vez que permite la configuración de áreas territoriales para su conservación, protección y preservación.

¹⁹³ Cavallé, A. (2010). EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO... Op. Cit. Página 26.

La función del Catastro, entonces, supera la ratificación empírica y se instituye en un bien para la misma gestión pública. En Guatemala, la acción del Registro de la Propiedad en relación con el Sistema de Catastro, se consideran la clave para la reducción del nivel de incertidumbre imperante en torno a las condiciones de titulación, posesión y tenencia de un elevado porcentaje del territorio guatemalteco, hecho que redundará en detrimento del mercado de tierras y en la generación de contenciosos; además de que debilita al Estado.

5.6. EL POSTULADO NOTARIAL

Ahora, es preciso aclarar que ni el registro ni el catastro otorgan la propiedad, sino que solamente la describen y la inscriben (llámesele así en su forma más sucinta), pues son los instrumentos jurídicos quienes confieren esta titularidad, y como instancia participativa, se encuentra implicada notablemente el Notariado. Ya lo anticipaba Roscoe Pound en los cuatro períodos de las concepciones jurídicas, pues en el último que denomina Madurez del Derecho, señala al contrato (y la propiedad) como instituciones jurídicas centrales, adelantándose así a la propuesta de seguridad jurídica preventiva. Tal figura en su condición de funcionario público y profesional del derecho no solamente hace constar, sino que además da forma y adecúa los negocios jurídicos a la ley, atribuyéndoles una autenticidad propia y especial, dotando de eficacia, certidumbre y seguridad a los mismos y evitando la generación de litigios. Estas labores, indica Gomeza¹⁹⁴ son tradicionalmente denominadas conformadora, autenticadora y de seguridad jurídica, orientando el proceso a la justicia, la paz social y al desarrollo económico. Por lo mismo el notario es un símbolo de identidad del mismo sistema jurídico del Derecho civil, frente al sistema jurídico totalitario o el *Commonlaw*.

¹⁹⁴ Gomeza Villa, J. (2014). UN NUEVO CÓDIGO DEONTOLÓGICO PARA EL NOTARIADO MUNDIAL. Aldea Global. Escritura Pública. Marzo/Abril 2014. España. Página 30.

Al notario se le exige el cuidado en el cumplimiento fiel de los requisitos legales, materiales y formales, de manera que no sea rechazado el documento en El Registro, poniendo en riesgo la seguridad del comprador. También a manera de que no sea inscrito de manera irregular o equívoca. Así que se le adjudica la responsabilidad de la determinación y perfección del negocio jurídico, y en caso contrario, de los defectos que la elaboración de la escritura pública conlleva. La elaboración del documento debe estructurarse de manera que se asegure que va a ser operado, por lo que el notario debe dar certeza y testimonio de que el proceso es legítimo y real, y que garantiza la propiedad plena del inmueble, o de cualquiera de los derechos reales que pueden constituirse sobre el mismo.

La justificación de la existencia del notariado y la configuración de sus funciones, se han explicado de forma sistemática a partir de las distintas perspectivas teóricas funcionalista, profesionalista, ecléctica y autonomista. La primera en mención, también conocida como visión instrumentalista, concibe el derecho notarial como un conjunto de normas legislativas y principios jurídicos cuyo objeto no es otro sino el del instrumento público notarial, como una forma de exteriorización de la voluntad. Según Castán, las finalidades de autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que el interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas. La teoría Profesionalista, define al notario como un profesional y técnico, no así como funcionario. El procedimiento de interpretación y verificación del contrato es visto como asesoría profesional. La teoría Ecléctica concibe al notario como un profesional del derecho que ejerce una actividad pública, pues no existe conexión laboral directa con el Estado. Es la fe pública que ostenta la que le otorga ese respaldo Estatal. Y la teoría Autonomista, el notario ejerce una función profesional independiente, su desenvolvimiento escapa del escenario público donde se enmarcan todas las leyes que observa, ya que su actividad también es de naturaleza privada.

No obstante estas distintas posiciones, para Nery Roberto Muñoz¹⁹⁵, en Guatemala “el Notario, no es un funcionario público, es un profesional del derecho que presta una función pública. Aunque tampoco podemos olvidar que algunas de nuestras leyes, lo reputan como funcionario público. Pero la ley específica, el Código de Notariado, no lo reconoce como tal”.

En realidad, existen muchos fundamentos que justifican la existencia del notario y que van más allá de la necesidad de un escribano que haga constar en un acto público una contratación o de un orientador sobre procesos. Una de ellas, y la más relacionada con los aspectos éticos, es la de su necesidad social. Es un mediador. Su posición es reconocida como “delegado estatal”, es decir, un encomendado para realizar un servicio de interés general.

Carlos Emérito González¹⁹⁶ resalta la expresión de Carnelutti, que califica al notario como un “consultor moral” más que consultor jurídico, debido a que el hombre se ve abocado constantemente a problemas económicos con requerimiento de resolución, y que necesita de la intervención ética; recurriendo para ello a un depositario de la fe pública para que le oriente. González¹⁹⁷ le califica como “verdadero ‘forjador’ del instrumento público y el intérprete único de la voluntad de sus requirentes” y de nuevo resalta la curiosa, pero atinada antítesis del pensador italiano: “cuanto más notario, tanto menos juez: cuanto más consejo del notario, cuanta más conciencia del notario, cuanta más cultura del notario, tanto menos posibilidad de litis, y cuanta menos posibilidad de litis, tanto menos posibilidad de juez”¹⁹⁸. Carnelutti se anticipaba a la figura preventiva del notario.

¹⁹⁵ Muñoz, N. (2014). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO NOTARIAL. 16ª Edición. Infoconsult Editores. Guatemala. Página 85.

¹⁹⁶ González, C. (1954). EXISTENCIA Y LÍMITES DEL DERECHO NOTARIAL EN FORMACIÓN. Ponencia presentada en el III Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París. Recuperado de: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx. Ubicado en: Julio 2014. Página 91.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid. Página 92.

La función práctica del notario se concretiza en la estructuración del documento que valida los procesos de negociación de bienes inmuebles. Este, el instrumento público, consigna hechos o títulos conforme a las leyes. El notario es un autor confiable por el hecho de ser un oficial público. González¹⁹⁹ indica que en tal instrumento se consignan bajo la fe del escribano, ajustado a la ley, los negocios jurídicos de las partes intervinientes para dar legalidad a un negocio de contrato verbal, dándole vida y existencia, al punto que hoy se ha llegado a considerar que tiene mayor validez el formar un negocio al tiempo de su nacimiento, que la prueba consecuente. Se asegura que el instrumento es inmovible, desde su preparación hasta su fin, siendo solamente la querrela de falsedad la que lo puede destruir. Dentro de su configuración resulta relevante resaltar la necesidad de una redacción adecuada, los caracteres, el idioma empleado, las cláusulas, el orden cronológico.

De cualquier manera, no sólo se trata de establecer la importancia del postulado notarial en sí mismo, sino en su interacción necesaria con los postulados registral y catastral, para completar el valor de la seguridad jurídica preventiva. Pero sobre ello, hay también muchas teorías que apuntan a que la función notarial también contribuye directamente en los aspectos que se requieren. El autor Luis Carral y de Teresa explica al respecto que son tres las finalidades que persigue la función notarial: de seguridad, de valor y de permanencia²⁰⁰.

Sobre la seguridad, indica Carral y de Teresa que equivale a firmeza, aunque otros le llamen certeza, y que la superioridad del sistema notarial latino es indudable por dar seguridad a las operaciones de inmuebles. Sobre el valor, indica que el notario da a las cosas un valor jurídico con el carácter de amplitud que implica la eficacia y la fuerza que otorga su intervención entre partes y frente a terceros. Y sobre la permanencia, la relaciona con el factor tiempo, pues el

¹⁹⁹ Ibid. Página 96.

²⁰⁰ Carral y de Teresa, L. (2004). DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL... Op. Cit. Página 82.

documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro, es permanente e indeleble, garantizando la reproducción auténtica del acto²⁰¹. Con estos fundamentos, se percibe mejor aún, el fuerte sustento doctrinario a la seguridad jurídica preventiva que provee el notario. Es así como se entiende en España, donde el instrumento público reconocido es el documento notarial, al igual que el acto auténtico en Francia y el acto público en Italia. En Centroamérica, el instrumento reconocido es el documento notarial.

La estructura tradicional apunta a que las partes de una escrituración son: el encabezamiento, la comparecencia, la exposición, la estipulación, el otorgamiento y la correspondiente autorización. Y en toda esta estructura, el notario adjudica sus conocimientos y su propio significado de lo que considera justo y no, otorgándole validez formal a la escritura para evitar la nulidad instrumental²⁰². De nuevo se corroboran las finalidades y los alcances jurídicos de seguridad, valor y permanencia.

En Guatemala, el Decreto 41-2005 también estableció nuevas responsabilidades a los notarios con el fin de garantizar la seguridad jurídica en el proceso de tenencia de la tierra, una vez concluido el proceso de levantamiento catastral. Dentro de sus nuevas obligaciones, se expresan las siguientes:

- a. Faccionamiento de escrituras de unificación o desmembración de predios. El procedimiento lo realiza el notario con la evidencia del certificado del Registro de Información Catastral, con su respectiva información.
- b. Transmisión de derechos sobre bienes inmuebles. Una vez se ha realizado la declaratoria de zona en proceso catastral, la transmisión de derechos de posesión o simple tenencia sobre predios no declaradas debe informarse al RIC en 15 días a partir de la celebración del negocio. Y, aunque no es obligación notarial, éste debe advertir al adquirente tal situación²⁰³.

²⁰¹ Ibid. Página 83.

²⁰² González, C. (1954). EXISTENCIA Y LÍMITES DEL DERECHO NOTARIAL... Op. Cit. Página 98.

²⁰³ Mesa Dávila, F. (2006). IMPLICACIONES DE LA LEY DEL REGISTRO...Op. Cit. Páginas 16 y 17.

Sin embargo y pese a la adjudicación plena de deberes en el asesoramiento jurídico, hay un principio básico en la acción notarial que sigue siendo inmutable y determinante: la imparcialidad. Es este principio ético el que se plantea como básico en el proceso de una justicia contractual, pues se constituye en la base de la protección del consumidor, además que ha de entenderse que el notario no solamente representa una parte del proceso contractual, sino que es un asesor independiente e imparcial de los interesados, por lo que en ocasión del cumplimiento de sus deberes debe asumir total postura neutral y diligente, principalmente porque es el notario un titular del cargo público conferido por el Estado, lo que obliga a que su integridad se garantice en principios legales explícitos propios de su profesión.

Tal como sucede con los Sistemas de Registro y de Catastro, existe una diferencia clara en el ejercicio notarial en función del contexto o las sociedades en las cuales sirven. España por ejemplo, se rige por un sistema notarial de dedicación exclusiva y se caracteriza por considerarse el más moderno y evolucionado, principalmente desde el punto de vista tecnológico. En Alemania, por el contrario, la función notarial no es ni independiente o liberal, ni tampoco dependiente del Estado. Sociológicamente, su función es independiente desde el punto de vista de la institucionalización, pero aún con ello, su función oscila entre su naturaleza pública y la liberal.

Un hecho interesante del notariado en Alemania es la importancia que se le concede a la imparcialidad y los tres tipos de notario con que cuenta, son: a) Notario de dedicación exclusiva. Forma que coincide con la práctica común del notariado en Europa continental, América del Centro y del Sur. B) Notariado de abogacía, ejerciendo no solamente la función de abogacía sino también otras tareas independientes, asuntos estrictamente jurídicos y en defensa de intereses parciales. C) Notarios estatales.

En el mismo contexto el notario es visto como un “juez preventivo” en tanto que evita los contenciosos entre las partes. Su actuación se enmarca en códigos éticos perfectamente definidos en cada sociedad donde se sirve el ejercicio notarial. En el caso angloamericano, por el contrario, el componente deontológico del notariado es casi inexistente y se le otorga mínima relevancia.

Aparte de los principios ya indicados, se ha referido que recientemente se instituyó a nivel mundial un nuevo código deontológico en la función notarial que indica de forma literal que “los notarios, en cuanto delegatarios de una parte de la soberanía del Estado, deberán ejercer su función pública controlando de manera imparcial, independiente y responsable la legalidad de los actos y negocios que se celebran mediante su autorización, prestando con su actuación al servicio público de interés general de seguridad jurídica preventiva, evitando litigios, y contribuyendo al desarrollo económico sostenible, y a la paz social”²⁰⁴. Este nuevo Código Mundial de Deontología fue aprobado en el XXVII Congreso de la Unión Internacional del Notariado, celebrado en Lima, tras la asunción de un “deber ser” y un reconocimiento pleno de la relación del notariado con la ética de manera que permite elevar su valor social. Pese a que el Código se plantea como un único mundial para los 83 países participantes, se reconoce la autonomía e idiosincrasia cultural, religiosa y económica de los 83 países miembros, mismos que se caracterizan por regirse por el sistema de Derecho Romano Germánico.

Aunque el código utiliza términos en sí ya conocidos por el cuerpo notarial, nótese que se rescata el hecho de que esta función es de interés general y estatal, es decir, un servicio no sesgado sino a ninguna parte más que al beneficio social bajo sustento legal. El código culmina indicando la responsabilidad del resguardo de la paz social y el desarrollo económico sostenible, conceptos emergentes que se han desarrollado en función de la dinámica socio económica y política actual,

²⁰⁴ Gomeza Villa, J. (2014). UN NUEVO CÓDIGO DEONTOLÓGICO... Op. Cit. Página 30.

así como de sus manifestaciones perversas: deterioro económico, la problemática ambiental, corrupción, narcotráfico, piratería, abuso de poder, intensidad en el tráfico de armas, irrespeto cultural y religioso, las migraciones y la explosión en la tecnología de la información, impregnan al sistema notarial del emergente rescate ético de sus funciones.

Es necesario entonces comprender que los principios básicos del notariado no solamente deben verse como sustento teórico de su función y de forma desanexada de la práctica notarial, pues es en su operativización donde ha de manifestarse realmente su carácter deontológico, la necesaria integración entre los factores “deber ser” y “saber hacer”.

Y es esta concretización ética, la que contribuye en principio al fortalecimiento de los otros sistemas relacionados con el de seguridad jurídica, pues no cabe duda que las contrataciones confiables y un marco honorable de configuración, resultarán siendo básicas para El Catastro y El Registro.

La participación ética y el factor deontológico en el ejercicio notarial, son determinantes para cumplir con la seguridad jurídica preventiva como valor fundamental dentro de un Estado y también para encajar la vinculación entre notario y Estado, tal como lo apuntan estas reflexiones de Antonio Nemesio²⁰⁵: “Los deberes deontológicos del escribano con relación al Estado devienen de la naturaleza jurídica de la actividad profesional-funcional que ejerce... Esta coincidencia o identidad entre funcionario y función de ejercicio está denotando que los deberes del notario profesional, entre los que deben considerarse los deberes deontológicos, son los mismos que los requeridos por el Estado para la función, que ciertamente en ambos casos es función-pública; no solamente en el interés que por ella se protege, sino por las consecuencias o resultados que en definitiva coadyuvan... El notariado por sí, y además por sus integrantes, ha dado

²⁰⁵ Nemesio, A. (2000). LA DEONTOLOGÍA Y EL EJERCICIO NOTARIAL. Editorial Abeledo-Perrot S.A. E. e I. Buenos Aires, Argentina. Página 145 y siguientes.

muestras elocuentes de su sentido de colaboración e integración con la comunidad social a la que sirve... Debe entenderse que resulta importante y muy necesario que nuestra función notarial participe activamente en el cumplimiento de otros fines públicos, y aun sociales, que son de competencia exclusiva del Estado... Solidaridad y reciprocidad que no deben considerarse de excepción o preferencia, sino en su carácter de integrantes, o partes de una función que se cumple en común y se ejecuta para el mismo Estado”.

Para hacer referencia a diversas expresiones de seguridad jurídica, y concretamente preventiva, dentro del campo notarial, podemos encontrar una amplia variedad, tanto en el Código de Notariado, como en su integración con otras leyes guatemaltecas como el Código Civil o el Código de Comercio. En nuestro país se ha planteado la necesidad de una nueva Ley de Notariado, cuyo proyecto lleva ya una década en el Congreso de la República, sin ser aprobado, y cuya esencia radica en establecer más controles en el ejercicio notarial, lo cual redundaría también en seguridad jurídica preventiva.

Pero mientras tanto, con la actual legislación encontramos una serie de obligaciones previas y posteriores para el Notario, que se materializan en sus funciones asesora, legitimadora y preventiva, que permiten reafirmar su condición de postulado fundamental para la seguridad jurídica preventiva. Por ejemplo: la exigencia de títulos traslativos de dominio, de documentos de identificación de los otorgantes, los acreditativos de las representaciones, la suficiencia y vigencia de las mismas; la intervención de intérpretes o de testigos de conocimiento, a ruego o instrumentales, especialmente en testamentos y en otras modalidades; la adecuación de las negociaciones jurídicas a los estándares catastrales, registrales y fiscales, investigaciones previas de la situación jurídica de los inmuebles o de otros derechos en registros públicos, como los de propiedad, mercantiles o intelectuales; el uso de los postulados éticos como la imparcialidad, la equidad, el decoro, la ética y la responsabilidad profesional; entre otras muchas circunstancias que definen a cabalidad el sentido preventivo de la profesión.

CAPÍTULO VI

LOS RETOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

6.1. RAZONAMIENTOS INICIALES

El emergente proceso de reestructura y fortalecimiento del sistema registral y catastral en Guatemala, demandado y establecido desde los Acuerdos de Paz, como se ha mencionado, ha sido inobservado en las distintas políticas gubernamentales implementadas. Los avances en materia catastral y registral hasta el momento han sido insuficientes, no solo por el poco presupuesto asignado para la tecnificación de los sistemas y la consignación real de la tenencia de la tierra para validar y actualizar la información registral, sino principalmente por la carencia de voluntad para el ejercicio justo y legal para dar solución al problema de la distribución de este bien.

Y aunque en materia registral, se han dado algunos avances, se ha de puntualizar en el hecho de que sin voluntad política se seguirán dando pasos en falso. De hecho, la misma política se ha constituido en un obstáculo para el avance catastral en el país pues la ocultación de la realidad territorial es un inconveniente para los grupos que gozan de los derechos de uso de fincas con posición geográfica ambicionada y de vastas extensiones. En tal sentido, las exigencias establecidas en las normativas del país, han sido soslayadas por los distintos gobiernos de turno.

El escenario se perfila hostil ante la necesidad de fortalecer la certeza jurídica, pero es un paso que se debe realizar y afirmar, en tanto se persiga el desarrollo social generalizado, pues como bien indica la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La seguridad consiste en la protección

otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades”.

Los rasgos sociales del contexto se anteponen como el puente de hamaca que se quiere evitar, por la fragilidad e inseguridad que su estructura trasmite. La sociedad fragmentada por intereses diversos, es una amenaza ante la coherencia que se desea definir para arribar a la fortaleza que se requiere, con el objeto de impulsar un sistema jurídico preventivo que se valore por sus avances cualitativos y cuantitativos. Y es que realmente resulta necesario desarrollar una postura ante la observancia de la tierra, aceptando que este bien es percibido y valorado en distinta forma en función de aspectos culturales.

También se deberá concebir el reordenamiento territorial desde otra perspectiva, bajo la comprensión de que la tierra en sí misma no genera seguridad jurídica ni desarrollo productivo, ni en consecuencia reactiva la economía; es necesario facilitar el acceso a la tierra y sus recursos, pues no puede haber transformación agraria sin esta condición. No se puede pensar en seguridad jurídica preventiva sin la opción de la transparencia en el proceso de conocimiento de la realidad territorial, su tenencia, posesión y uso; y no es posible solucionar el problema de la pobreza y de la pobreza extrema, si no existe acceso a la tierra y a su aprovechamiento productivo. La certeza se logra en función de la disminución de la conflictividad, y la conflictividad se reduce en la medida que se disminuye la incertidumbre sobre la situación de titulación y posesión territorial.

Específicamente en el medio territorial guatemalteco, la conflictividad sobre la tenencia de la tierra es preocupante y su implicancia ha tenido connotaciones en los derechos humanos, en la regularización de los asentamientos, en la efectividad de los procesos productivos y la certeza jurídica sobre la titularidad de bienes relacionados con la tierra, así como en la planificación del desarrollo.

Es dable recordar lo que se subraya en las doctrinas modernas, cuando se afirma que la seguridad jurídica es un elemento del bien común, pues se enfrenta a todo lo que atenta contra los derechos de las personas.

6.2. PROPÓSITOS INMEDIATOS

Otorgar tenencia segura, reconocerla y protegerla, no solamente beneficia a las personas a quienes se les garantiza esa tenencia, sino que conlleva una serie de beneficios positivos tanto en materia de regularización de los asentamientos humanos, como en seguridad y garantía a la acción gubernamental, el mejoramiento en la planificación de los territorios y la protección ambiental de aquellas áreas no aptas para la instalación de asentamientos. La postura ante el tema agrario, es pues de tipo estructural.

Si bien es cierto que garantizar seguridad jurídica preventiva en la tenencia es condición esencial pero insuficiente para una estrategia sostenible en los asentamientos precarios, junto a ella deben darse el acceso a los servicios en todas sus dimensiones, así como formas adecuadas y económicas de crédito para que la gente pueda satisfacer sus necesidades básicas y cumplir sus derechos.

Por otra parte, en relación al problema de las invasiones, las políticas públicas se han de orientar al reconocimiento de títulos de propiedad a los hogares que habitan en zonas ocupadas ilegalmente y paralelamente a una lucha por impulsar políticas serias encaminadas al reordenamiento territorial y la clarificación de la titularidad de fincas extensas y ociosas. Debe propender la no proliferación de esta y otras políticas, que terminen con el crecimiento informal y precario, garantizando acceso ordenado a la tierra a los nuevos demandantes, y

así evitar nuevas invasiones causadas por una oferta insuficiente o inaccesible para las familias pobres.

En esta tónica, es preponderante efectuar las estimaciones de todas las deficiencias en el problema de la tenencia de la tierra y los obstáculos en el reordenamiento territorial, reconocerlos y delinear políticas de acción a favor de las demandas. El estado debe identificar a los afectados, conocer a profundidad la situación entre la que oscilan y establecer las deficiencias en las funciones de las instituciones responsables.

Es preciso afirmar que no solo las entidades en las que la Seguridad Jurídica Preventiva descansa, se traducen en protagonistas del proceso, sino también las instituciones relacionadas.

De hecho se necesita de un plan estratégico político de cohesiones a nivel nacional y regional (esto es a nivel Latinoamericano), que integre los tres pilares del Sistema de Seguridad Jurídica preventiva y fortalezca sus instituciones colaboradoras.

La misma crisis de la polarización social devenida por la posesión de bienes y recursos económicos, se traduce en una amenaza relevante para la seguridad jurídica preventiva. La pobreza y la extrema pobreza han conllevado problemas de desigualdad, intolerancia y discriminación, aparte de la delincuencia, extorsiones, terrorismo y narcotráfico, desestabilizando la sociedad en pleno.

En este escenario, la participación civil, gubernamental y empresarial se torna difícil, alejando el arribo a consensos por el bien común que promuevan el desarrollo socioeconómico, pues desestima y aleja la inversión en su amplia comprensión, tanto la inversión propia como la de terceros.

Evidentemente, los propósitos de la seguridad jurídica preventiva apuntan a una reorganización integral y estructural, que bien vale la pena edificarle sobre sus pilares o postulados fundamentales, para soslayar cualquiera de las dificultades que se han ido enumerando, para que el Estado cumpla con esta responsabilidad que le es natural, y que se ha tornado ya en impostergable.

6.3. ALCANCES EVOLUTIVOS

Mejorar las condiciones de vida y la polarización existente, orienta un sistema de seguridad jurídico preventivo, más eficaz y equitativo. La exclusión social y económica de la cual adolecen los grupos indígenas del país se ha convertido en un problema hasta hoy insuperable, y aunque si bien es cierto que tras los Acuerdos de Paz se han impulsado algunas políticas en beneficio de este sector discriminado, los avances han sido insuficientes por evaluarse inconstantes en el tiempo y desprovistos de una genuina política estatal. Sin voluntad para superar esta clara y marcada diferenciación sobre el acceso a los recursos, difícilmente se podrá configurar un Estado democrático estable, y sin tal estructura no se puede consolidar la seguridad jurídica preventiva.

Paralelamente, se analiza dentro de los alcances, otros retos existentes que son concomitantes a los mencionados para la seguridad jurídica preventiva, la postmodernidad y la globalización son algunas de ellas. Desde la década pasada, Grün²⁰⁶ y otros, mostraban su inquietud por la perspectiva postmoderna del Derecho visto como un sistema complejo y abierto, en relación con aspectos exógenos al mismo, a diferencia del sistema jurídico desde la perspectiva antigua y moderna que presenta una visión de estructura jerárquica de sus elementos, pero visto como un universo cerrado y autosuficiente.

²⁰⁶Grün, E. (1997). EL DERECHO POSMODERNO: UN SISTEMA LEJOS DEL EQUILIBRIO. Ponencia del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (JVR). Revista Telemática de Filosofía de Derecho. No. 1. 1997. Buenos Aires, Argentina. Páginas 16-25.

Bajo una connotación del Derecho como un sistema jurídico abierto, es necesario considerar la realidad donde el mismo se encuentra inserto y los aspectos que determinan su curso, tanto desde fuera, como dentro del mismo sistema. La postmodernidad como una corriente que cuestiona la racionalidad práctica, muy evocada en la época moderna, ha suscitado aceleraciones vertiginosas en la tecnología, misma que ha superado los cambios en los valores “y los cambios en las estructuras políticas y sociales no han generado una nueva cultura, sino una aglomeración de varias culturas enmarcadas por la civilización occidental globalizada”²⁰⁷. En tal caso, la postmodernidad se plantea como un ideal distorsionado de la modernidad: crítico, pero sin aporte de conocimiento.

Mientras que la modernidad rechaza la metafísica y exalta la ilustración, la cultura y la ética, así como a la idea de que el bienestar social se alcanza mediante la racionalidad práctica, la postmodernidad desprestigia la ciencia, la tecnología y la racionalidad misma. En la modernidad figura un progreso sustentado en la libertad, la igualdad y la justicia, en tanto la postmodernidad con críticas duras al fracaso de tal noción, apuesta por el valor de la seguridad y erige valores posmodernos. La modernidad crea y erige el gran poder Estatal, contribuyendo con la formación de los grandes estados modernos tras la disolución de la sociedad medieval, y en el caso de la postmodernidad, se rechaza la autoridad y cualquier manifestación autoritaria en la burocracia, promoviendo la libertad individual.

El Estado se conforma por la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos en la época de la modernidad, pero la nueva racionalidad posmoderna influye en la desjerarquización del concepto de Estado Nacional moderno debido

²⁰⁷ Pedroza, R. y Villalobos, G. (2006). ENTRE LA MODERNIDAD Y LA POSTMODERNIDAD: JUVENTUD Y EDUCACIÓN SUPERIOR. Educere. V. 10 n.34. Meridad. Sep. 2006. Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca. Página 3.

a la presencia de entidades no gubernamentales y la descentralización²⁰⁸. Se trata entonces, de una pérdida del poder ostentado.

El nuevo escenario pues, se presenta en sus alcances de una manera imprecisa, amenazante del Estado garante y del Estado como entidad nacional. El desequilibrio del sistema jurídico ocasionado por la complejidad de las relaciones sociales y otros efectos económicos, ecológicos y políticos que le desestabilizan, exige su ampliación, y la modificación de esas estructuras y su funcionamiento.

En ese orden de ideas, se han suscitado cambios trascendentales en el derecho internacional, asumiendo una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales debido al aumento en su interrelación, y por ende, con sistemas jurídicos internacionales de diversa envergadura, situación que parece conducir a un sistema jurídico mundial.

Estas ideas de universalidad, como parte de un análisis sobre los reales alcances de la seguridad jurídica y la evolución que ha observado, se pueden apoyar en las reflexiones del autor René David, sintetizadas así: “Siempre ha existido interés por el estudio de los Derechos extranjeros, habiendo recurrido con frecuencia los juristas a métodos comparativos... El éxito del Derecho comparado hay que atribuirlo a la necesidad que han experimentado los juristas, tras una etapa de signo nacionalista, de restituir la ciencia jurídica a su anterior universalismo, en cuanto este es atributo de toda ciencia”²⁰⁹.

En otros términos, todo parece imponer el surgimiento de un nuevo orden mundial que trasciende fronteras. El sistema de seguridad jurídica se encuentra sometido actualmente ante un vendaval de cambios, y de hecho es necesario

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ David, R. (1973). LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS (Derecho Comparado). Traducción de la 2ª edición francesa por Pedro Bravo Gala. Editorial Aguilar. España. Páginas 3 y 4.

comprender que los procesos jurídicos, como cualquier otro proceso social, ha sido y seguirá siendo dinámico y cambiante. Sistemas de desajustes y ajustes.

Una razón esencial de la preocupación, es que las fuerzas que la interacción “mundial” impone, se desarrollan a pasos vertiginosos, no en la misma proporción que el sistema jurídico se adapta, ocasionando crisis y caos en el Derecho, en la sociedad por la anarquía imperante y las debilidades que ocasiona en el mercado de tierras. Siempre se ha cuestionado sobre las posibilidades de inversión extranjera en el país y hay factores diversos que la desestimulan, pero indudablemente la falta de certeza jurídica por un incipiente proceso de seguridad preventiva, ha de generar consecuencias categóricas.

6.4. RETOS DEFINITIVOS

Mientras la crisis no sea superada y el sistema jurídico no se optimice y no se regule con mayor propiedad los sistemas de registro y catastro, será muy difícil salir del actual oscurantismo y de la impotencia de la regulación de las actuales libertades en el mercado. Es necesario que el Estado se fortalezca mediante la implementación de ordenamientos jurídicos que regulen las actividades económicas cada vez más dinámicas y complejas.

El panorama se nota riesgoso y la redefinición de los roles del Estado en este mundo liberal y globalizado se convierte en una exigencia. El fortalecimiento del Estado de Derecho y la ampliación más expresa del articulado relacionado con la materia de tenencia, titulación, uso y aprovechamiento de la tierra, se traduce en el medio de protección del consumidor, no solamente ante esa problemática de incerteza sobre la tenencia de la tierra en el país, sino también ante la amenaza latente y gigantesca y de las transacciones de bienes inmuebles, tanto las que se efectúan dentro del territorio, como las descentralizadas que se efectúan a través de los medios de comunicación masiva.

Se trata también de una necesidad por defender los derechos, los intereses de la sociedad y los intereses como nación para insertarse en proyectos de integración regional.

Dentro del ámbito determinante de la globalización y el liberalismo, no se puede pensar tampoco en un Estado tan poderoso que se haga hostil y que obstaculice los derechos de libertad e igualdad que le erigieron, tampoco de una adaptación plena, sino de la autorregulación y reestructuración del mismo sistema estatal, de tal forma que no se debilite y pierda protagonismo, sino al contrario, que se fortalezca pudiendo responder de forma eficiente y efectiva a los mismos intereses que impulsaron su origen.

Aunque la premisa parece referirse solo al Estado, el procedimiento implica un reconocimiento social y una aceptación del Derecho pleno, materializado constitucionalmente y viabilizado a través de las entidades estipuladas. El conocimiento y asimilación de los derechos que protegen y obligan, es condición para la aplicación efectiva y la existencia de la Constitución, solo así los derechos de las personas están garantizados y la sociedad puede marchar confiada y libre bajo el imperio de la ley, y no de la arbitrariedad.²¹⁰

Por otro lado, y recordando la crisis económica que desencadenó el problema de las hipotecas *subprime* en Estados Unidos, resulta inadmisibles el solo pensar en la reproducción del modelo anglosajón en los países en vías de desarrollo como medida de ajuste ante la era de la globalización. Y esto se menciona por que el propio sistema notarial latino ha sido criticado por aquellos países, como obstáculo a la agilización de los negocios contractuales.

A sabiendas de que fue la carencia de seguridad jurídica del sistema lo que provocó tan indeseable golpe a la economía, se debe pensar en reformas que

²¹⁰Castellano, R. (2005) ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD... Op. Cit. Página 5.

fortalezcan la confianza en la ley, en la predictibilidad y en su aplicación a través del Estado. No habrá impulso pleno de la economía sin la intervención de los inversores y la participación ciudadana, no hay participación de los inversores si no se erige un sistema de mercado sustentado en la máxima expresión de seguridad jurídica preventiva, no hay seguridad jurídica en tanto no sea concomitante con el principio estimado más importante desde la axiología del Derecho: la Justicia, no se puede hablar de justicia donde se desestima el imperio de la ley, y no hay desarrollo si no existe impulso de la economía y la justicia sustentado en beneficio social.

Podría pensarse entonces en cómo fortalecer el sistema de notariado latino, cuando se trata de una modalidad quizás puramente doctrinal, pero la respuesta está al alcance de la mano con la aprobación de la nueva Ley de Notariado, cuyo proyecto como se mencionó, tiene más de diez años de estar en el Congreso de la República, y que propone entre otras cosas, una serie de controles al ejercicio notarial, que evidentemente redundarían en la misma seguridad planteada, pues reforzarían la preparación técnica y la responsabilidad profesional.

Ningún plan estratégico debiera obviar el proyecto de acentuación y estimación del rescate de normativas que conlleven a la cohesión social dentro de un marco democrático estricto y sólido con visión al crecimiento económico y el desarrollo. Al respecto Casado²¹¹ argumenta: *“Ningún Estado, independientemente del sector empresarial que se analice, se podrá mantener económicamente sin tener un porcentaje de su PIB en inversión extranjera. Por tanto, para afrontar cualquier planteamiento global de seguridad, es necesario asegurar que los pilares fundamentales de desarrollo no se vean afectados. De lo contrario, la percepción de inseguridad nacional, y por ende regional, sería un lastre muy importante para avanzar en este ámbito”*.

²¹¹Casado, P. (2013). LATINOAMÉRICA ANTE EL RETO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ieee.es. V. 41. Recuperado de: www.ieee.es/.../DIEEO41_2013_Latinoamerica_SeguridadJuridica_PCa Ubicado en: enero de 2015. Página 8.

El mismo autor señala que en Latinoamérica hay países que denotan estabilidad democrática, pero hay un grupo de ésta región que manifiesta una crisis en sus estructuras políticas y su desarrollo democrático, según el índice de Desarrollo Democrático de América Latina en 2012; dentro de este grupo figuran los países de República Dominicana, Nicaragua, Ecuador, Bolivia, Venezuela y Guatemala. Los recientes movimientos populares, en el año 2015, confirman ese señalamiento y dejan para la historia, la actitud de un país que se cansó de las falencias y corrupción del Estado, presionando sistemáticamente hasta obtener las consecuencias trascendentales reconocidas internacionalmente, pero que al mismo tiempo dejan abierta una enorme posibilidad por cambiar muchas de las estructuras que detienen los procesos de seguridad jurídica.

Al respecto ya Poitevin²¹² indicaría que particularmente en Guatemala, un lugar donde la vigencia de los derechos humanos queda en duda y donde los medios mínimos para gozar de una existencia biológicamente satisfactoria, útil y reproductiva, imposibilitan la paz genuina y la configuración de un proyecto nacional; hablar de democracia resulta difícil. En éste contexto, donde la lucha por el poder es la constante y donde no existe un Estado fuerte que norme y haga valer la normativa de forma justa, la percepción de democracia se realiza entre brumas.

Desde esta perspectiva, la consolidación de un esfuerzo democrático es indiscutible para la viabilización de la seguridad jurídica preventiva. A lo que Casado añade la gran necesidad de garantizar la protección activa del tejido empresarial desde los gobiernos para defender su respectivo sistema económico, favoreciendo sinergias que favorezcan la instauración y el mantenimiento de tejidos industriales de calidad. Pero el conflicto que subyace al entramado complejo estructural social del país, sigue siendo el de su fragmentación (ya analizada anteriormente), pues la diversidad en las percepciones sobre desarrollo,

²¹²Poitevin, R. en Salinas, D. (1999). PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA. Cap. III. Editorial TRIANA. Páginas 329-340.

economía, subsistencia y sobre la misma seguridad jurídica, configuran diversos planos de desarrollo entre los distintos sujetos de la sociedad.

La misma heterogeneidad de las percepciones de la sociedad no es vinculante con la visión de una consolidación de plan estratégico común. Las ideas sobre este asunto son polarizadas, en tanto polarizado es el acceso a los recursos, principalmente al bien tierra. De tal manera que mientras que para unos sectores, los avances dentro de un plan estratégico se figuran en torno a la equidad en el acceso a la tierra y la distribución de la misma, para otro sector será la pronta inversión industrial y el aprovechamiento productivo de las mismas tierras que el otro grupo solicita para su supervivencia.

El debate se plantea de forma sesgada entre cada uno de estos sectores, obstaculizando el avance de la democracia y el bien común, así como de la inversión privada. La comunicación es inestable y no productiva, en tanto que los intereses se bifurcan en su contenido mismo. El diálogo en este país no puede sostenerse solamente entre administraciones públicas y el sector privado como sostiene Casado, sino entre éstos y también los sectores hasta ahora excluidos y marginados, caso contrario no es democracia. Sin participación de los involucrados no hay democracia. En tal sentido, el panorama no se esclarece, sino parece complejizarse aún más.

Dentro del enfoque planteado es necesario recalcar en esta observancia a la globalización o al neoliberalismo, no tienen por qué consolidarse como sinónimos del desplazamiento del poder del Estado de una nación, pero sí obligan a ese Estado a autorregularse, no para adaptarse, sino para enfrentar de forma positiva y reestructurada al mundo económico, cultural y político desfronterizado, donde la tecnología se asume con vital importancia. Tal proceso de autorregulación, como reto definitivo, ha de concretarse sustentado en máximos principios éticos.

Precisamente porque el Derecho ha de sustentarse en valores superiores, el fortalecimiento del Sistema de Seguridad Jurídica no se viabiliza si antes el Estado no le reconoce como un valor esencial, asumiéndole como el principio axiológico de resolución de los conflictos de intereses, como de la legitimación y restricción del poder político.

Consecuentemente se requiere del impulso de leyes claras y suficientes, con una estricta connotación ética, como de un representante estatal que vele por su respeto y funcionamiento, haciendo cumplir su misión social en función de los derechos del consumidor, de intereses públicos y de la soberanía del país, ejerciendo un adecuado control preventivo en las relaciones particulares en representación de intereses generales.

De tal manera que el sistema de Seguridad Jurídica ha de fortalecerse con la colaboración de las instituciones que la ley estipula, evidentemente hacemos referencia a la organización notarial, y por qué no, con otros sistemas notariales del istmo, de manera que se reactive la confiabilidad y la economía a lo externo e interno de la nación y desde el principio del acto jurídico, sustentado con un elevado sentido ético.

Cabe recordar que el derecho no es condición suficiente para la seguridad jurídica. Siguiendo a García Manrique, el valor moral subyace precisamente en los fines de cada sistema jurídico en particular y de los medios utilizados para alcanzarlos.

Apunta además que el ejercicio del poder mediante normas jurídicas, se constituye en uno de los mecanismos más efectivos de control social, y la seguridad jurídica implicada en este recurso no solo garantiza a los individuos la capacidad de predecir la acción de los otros, en especial, de los que ostentan el poder social. No obstante, desde el punto de vista moral, el éxito del poder puede

ser deseable e indeseable, y en tal caso, un grado elevado de seguridad jurídica supondría más bien una extensión de la inmoralidad²¹³.

Así pues que se debe analizar de forma cautelosa los fines que se persiguen a través de la normativa planteada y los mecanismos para operativizarlos. También se ha de reflexionar acerca de las oportunidades de desarrollo y la amenaza que la globalización representa para la economía del país, y es preciso establecer directrices claras que orienten el mercado de tierras, con el objeto, tanto de acceso y desarrollo rural, como para aumentar la competitividad extranjera.

A la luz de las reflexiones anteriores; la seguridad jurídica preventiva se enfrenta a grandes desafíos exógenos, pero también endógenos. La funcionalidad jurídica de las instituciones que la conforman, manifiesta estructuras riesgosas para poner en práctica su propio cometido, por lo que integrado a lo ya estipulado, la exigencia de la reestructura y fortalecimiento institucional de la Seguridad Jurídica Preventiva en el país, termina siendo una necesidad latente.

Desde una perspectiva inductiva, se ha de luchar por la conformación de un cuerpo notarial debidamente tecnificado, sujeto a sus principios propios: de otorgar fe pública a los actos autorizados con plena veracidad; de intermediación, procurando el acercamiento entre las partes y entre éstos y el instrumento público; el de rogación y el de unidad de acto, perfeccionando de inmediato el documento público, entre otros. Esta conformación notarial ha de establecerse desde su misma formación y organización.

²¹³García Manrique, R. (2007). EL VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA... Op. Cit. Página 149 y siguientes.

6.5. ACTUALIZACIÓN NOTARIAL

La formación del notariado resulta un pilar fundamental en todo el proceso de la consolidación de un sistema jurídico fortalecido. La sociedad de hoy demanda de profesionales epistémicos críticos en esta rama, con un amplio conocimiento y dominio de la filosofía y teoría del Derecho. La formación axiológica se debe priorizar de manera que oriente el pensamiento y qué hacer dentro de cánones con un elevado sentido ético. Se ha de estimar dentro de los programas de formación del notariado, la inclusión de temas sobre Técnica y Deontología Notarial, y cursos orientados al pleno conocimiento de la realidad social.

Además, desde la misma formación se han de establecer cohesiones interdisciplinarias y observar la problemática de la seguridad jurídica preventiva desde distintas perspectivas. La estrategia implicaría la observancia de la temática concerniente situada desde sus tres pilares: Notariado, Registro de Propiedad y Sistema Catastral, con todas las implicaciones, normativas e incidencias que a los mismos corresponden.

Para la consolidación de la confianza y la paz, el notariado en funciones ha de mantenerse apegado a los principios que le erigieron y debe posicionarse como una institución que denote ser beneficiosa para la misma sociedad. Su postura ha de ser imparcial, responsable y juiciosa. Como bien indica al respecto Nery Muñoz: “La profesión de Notario es de mucha responsabilidad, requiere de mucha preparación, conocimiento, capacidad y sobre todo ética”.²¹⁴

El notario es el contralor primario del proceso registral, no solamente es depositario de la fe pública. Por ello es necesario fortalecer su función autenticadora y que salvo posturas que prueben lo contrario, sea reconocido como

²¹⁴ Muñoz, N. (2014). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO... Op. Cit. Página 171.

válida lo que asiente en las escrituras o actas. Debe exigirse por ende y como se ha enunciado, un reconocimiento pleno de la responsabilidad ética en el notario. La interiorización de la deontología notarial se ha de primar en los sistemas jurídicos estatales, dando mucha importancia a la imparcialidad de su actuación y la justicia que sus procedimientos notariales implican en sí mismas. Como cuerpo que consolida la seguridad jurídica preventiva, el notariado debe evaluar su realidad y su actuar dentro del contexto, a plantear propuestas y asumirse como agente de transformación.

Ha de reconocerse que la posición del notariado es clave en el marco de la seguridad jurídica en la actual época. Su responsabilidad desborda el de la mediación entre las partes en el acto de un contrato, pues la observancia de sus acciones y en la elaboración de un instrumento público otorga confiabilidad ante la Administración Pública y los Registros. De ahí que el principal desafío del notariado sea ajustarse éticamente a la norma controlando la legalidad de los procesos con rígido cuidado, para otorgar protección a los particulares, siendo bajo esa premisa que los intereses generales se garantizan; así como haciendo corresponder su función con la del Registro de Propiedad, no concibiéndose como una entidad ajena, sino bajo una misma misión.

El fortalecimiento de redes notariales en el istmo podría posibilitar la acción regional conjunta, para hacer valer intereses comunes de reactivación e inversión económica, como forma para enfrentar el dinamismo de la globalización y sus efectos concomitantes.

Son estos reajustes los que como hasta ahora, consolidan la seguridad jurídica a través de su actuar y hacen valorar la vigencia del notariado dentro del sistema jurídico estatal, fundamentalmente desde el ángulo de la prevención. Es en este escenario que el notariado se mantiene vigente y puede hacer valer su función, siendo beneficioso socialmente.

6.6. ACTUALIZACIÓN CATASTRAL

Hay que precisar que la función notarial queda limitada, ante la carencia real de conocimiento sobre la propiedad social. Por lo que la acción copartícipe del Sistema de Catastro es innegable. En tanto no se impulse y viabilice las reformas de reconocimiento territorial a través de un sistema geodésico confiable y no se haga pública dicha información, el actuar notarial y registral seguirá impulsándose sobre bases insensatas, desconfiables y vanas.

Como se perfila el actual espacio mundial y sus actividades, la estructura territorial debe anteponerse de manera eficaz y competitiva, de manera que se asegure su sostenibilidad ecológica, económica, pero también social. El reordenamiento no puede partir de la incerteza que se tiene sobre la actual posesión de tierras, realidad que oscila entre la multiposesión, la posesión empírica sustentada en factores y tradiciones culturales, como en la desestimación sobre el sistema de catastro.

El desafío del Sistema de Catastro en la actualidad es agilizar el desarrollo de estrategias perfectamente delineadas para clarificar la cuestión agraria. La inversión es necesaria y es así como debe ser vista, pues a largo plazo el resultado, como ya se ha demostrado, tiene beneficios económicos y de desarrollo social incuestionables.

La referencia espacial de la zona es requerible en cualquier función notarial y registral para evitar víctimas de la ocultación. Ante lo que la tecnificación de los procesos de Cartografía Catastral Nacional, debe otorgar cédulas de información estadística y geográfica confiable sobre las parcelas, asentamiento humanos, áreas de protección ecológica, expansión y distribución urbanística, que consecuentemente se vinculen y que sea esta información en intercambio constante con los otros pilares, la que sustente las decisiones a favor del

desarrollo local regional, todo lo cual se constituye en una acción del Sistema de Catastro, con la etiqueta de impostergable.

6.7. MODERNIZACIÓN REGISTRAL

Finalmente, es necesario reconocer que recientemente en Guatemala, los Registros de la Propiedad han buscado expandirse para evitar que los usuarios caminen largas distancias, pero las oficinas existentes son insuficientes para dar cobertura a la demanda, por lo que la atención en línea se puede constituir en un medio para evitar la congestión y el traslado.

Frente a un mundo tecnificado y que exige sistemas electrónicos modernos para hacer más eficiente el servicio, también se han adoptado medidas tendientes a obtener mejores mecanismos y recursos tecnológicos para realizar la calificación registral, pero que también debe advertirse desde el punto de vista técnico y legal; y en relación a otros sistemas de Registro, aún se han de superar vacíos en el proceso para evitar inscripciones que no concuerdan con la realidad y que pueden ser objeto de los indeseables litigios.

Por ende, dentro de este contexto cuyos flujos de información son acelerados, es necesario que el Sistema de Registro se siga actualizando tecnológicamente, configurando condiciones de infraestructura adecuada que facilite el alcance de los intercambios de la comunicación y de la publicidad a la población en general. Es necesario superar la asimetría en la información que proveen los registros de la propiedad, mediante la publicidad de los documentos y aumentar la liquidez de las inversiones en bienes inmobiliarios.

La partida electrónica que se publicite debe contener información tanto gráfica como descriptiva, de manera que represente orográficamente el predio o finca que se encuentra registrada. Este tipo de presentación y publicidad de la

información evita duplicidad y otros problemas de inconsistencias técnicas que reflejan atraso social, económico y administrativo. En el proceso de graficación y descripción de la realidad orográfica, ha de contarse con la participación de representantes de las distintas Comunas y del Catastro, con el fin de reflejar información fiel.

La agilización en los procesos registrales debe contribuir de manera decisiva a precisar la realidad territorial, ya que esta es extremadamente dinámica y cambiante, y no toda la superficie territorial es susceptible de ser registrada al mismo ritmo, por lo que no siempre se refleja la realidad física²¹⁵, siendo éste, uno de sus retos sustanciales.

Esto genera lo que en amplitud, se puede considerar como un saneamiento catastral registral, de lo cual no se ha legislado con suficiencia y menos se ha aplicado o logrado llevar a la práctica, para propender siempre a la seguridad jurídica preventiva.

6.8. REFLEXIÓN FINAL

La configuración de un plan gráfico general del territorio guatemalteco y la veracidad sobre el ejercicio legítimo de sus derechos publicitados y transparentados abiertamente, es la premisa que incidirá decisivamente en la economía del país y en su consecuente desarrollo.

Este deseable ideal no puede materializarse en tanto no se integren los Sistemas de Catastro y Registro, y en tanto no se complete la información física levantada con la tecnología catastral adecuada. El intercambio de información

²¹⁵ Rojas León, G. (2011). LA MODERNIZACIÓN DE LOS REGISTROS PÚBLICOS. En: Fuero Registral. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Lima, Perú. Página 27.

entre tales sistemas es indispensable, para que lleguen a una información clara, altamente determinada, óptima y segura, que brinde plena certeza y seguridad jurídica.

Y si estas circunstancias puramente estructurales o técnicas, se llegan a sustentar en principios éticos notariales estrictos, se favorecerá la agilidad y factibilidad de los procesos registrales, condición vinculante con la demanda de seguridad jurídica en la actualidad. El sistema notarial debe tener acceso directo e inmediato a la información generada, sin reservas ni limitaciones en tiempo o costos, para cumplir sobre esa base de responsabilidad profesional, con la parte preventiva del proceso, dotando a los usuarios de títulos seguros y eficientes.

La consecuencia debería ser la de fortalecer la incipiente seguridad jurídica preventiva, a efecto de que se solidifique como un valor imprescindible del Estado, cumpliendo así con su responsabilidad básica de fundamento constitucional.

CONCLUSIÓN

La seguridad jurídica es la exigencia de legalidad con legitimidad, debe apreciarse como un derecho de los ciudadanos, que necesitan estar seguros de que los procedimientos de los poderes públicos son eficaces jurídicamente y que sus instituciones son tuteladas adecuadamente. La garantía de tal derecho requiere herramientas eficaces y una estructura idónea para dar estabilidad y certeza, tanto a las relaciones jurídicas como a los derechos en general. La seguridad jurídica termina aceptándose como un valor fundamental, al analizar su evolución en las distintas corrientes y autores, pero en su función preventiva en nuestro medio, se encuentra en pleno desarrollo, pues poco se ha hecho para garantizarla como seguridad jurídica preventiva, ya que dentro de sus connotaciones actuales, la legislación vigente no ha profundizado la búsqueda de soluciones. Los postulados fundamentales para la seguridad jurídica preventiva en Guatemala, son los Registros, los Catastros y la Organización Notarial; para cada postulado se debe dar un tratamiento específico, tanto en materia legislativa como en infraestructura y recursos. La modernización, tecnificación y capacitación, no pueden separarse de los factores éticos y de responsabilidad profesional. La seguridad jurídica preventiva como valor fundamental del Estado, debe fortalecerse y justificarse como indispensable dentro de un sistema moderno de derecho, constituyéndose en un factor de garantía, control y protección, y también en un principio elemental de organización política y jurídica, para satisfacer las demandas urgentes de certeza y estabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Díaz, María Ángeles (2009). *Información catastral y sistema de seguridad jurídica preventiva: Un modelo de buenas prácticas*. Catastro. Recuperado de: <http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct67/1.pdf>
Ubicado en: Abril de 2014.
- Ávila, Humberto (2012). *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Cátedra de Cultura Jurídica. Marcial Pons. Madrid, España. Recuperado de: <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689724.pdf>. Ubicado en: Febrero de 2014.
- Barrera Díaz, Judith Alejandra. (2012). *El concepto de Justicia en el pensamiento de Jorge Millas*. Informe de Tesis. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. Valdivia, Chile.
- Barros, Enrique (1983). *Derecho y Moral. Consideraciones a propósito de la teoría de los delitos económicos*. Conferencia de la Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Enero de 1983. Recuperado de: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=enrique_barros_bourie&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.gt%2Fscholar%3Fhl%3Des%26q%3Dderecho%2By%2Bmoral%26btnG%3D%26lr%3D#search=%22derecho%20y%20moral%22 Ubicado en: Diciembre de 2014.
- Berdugo, Ignacio, & Rivero, Ricardo (2003). *El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Economía y Seguridad Jurídica en Iberoamérica*. Salamanca, España.
- Bobbio, Norberto (2007). *Teoría General del Derecho*. Editorial TEMIS. S.A. Tercera edición, revisada y corregida. Bogotá, Colombia.

- Bonorino, Raúl, & Peña Ayazo, Jairo Iván (2006). *Filosofía del Derecho*. Segunda Edición aumentada. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla. Recuperado de: <http://www.ramajudicial.gov.co/cs/download/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/ARCHIVOS%20CONTENIDO/Filosofia%20del%20Derecho%20EJ.pdf>. Ubicado en: Diciembre de 2013.
- Cambranes, Julio C. (2004). *Ruch'ojinem Qalewal - 500 años de Lucha por la Tierra*. Editorial Cholsamaj. 1ª Edición. Guatemala.
- Carral y de Teresa, Luis (2004). *Derecho Notarial y Derecho Registral*. Editorial Porrúa S.A. de C.V. 16ª Edición. México.
- Casado Casero, Pedro M. (2013). *Latinoamérica ante el reto de la Seguridad Jurídica*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ieee.es. V. 41. Recuperado de: www.ieee.es/.../DIEEEO41-2013_Latinoamerica_SeguridadJuridica_PC Ubicado en: septiembre de 2014.
- Castellano y Martínez-Báez, Raúl (2005). *Estado de Derecho y Seguridad Jurídica. Factores de Desarrollo*. XV Congreso Internacional de Derecho Registral. Fortaleza, Brasil. Noviembre 7-10-2005. México.
- Cavallé, Alfonso (2010). *El valor del instrumento público y su relación con los efectos de la publicidad registral y el catastro*. Revista Dialnet. Historia y Protocolos 59201. Santa Cruz de Tenerife.
- Chazal, Jean-Pascal (2000). *Filosofía del derecho y teoría del derecho o la ilusión científica*. Comunicación al seminario del CERCRID, de fecha del 9 de junio de 2000, titulado: Las relaciones entre dogmática jurídica, doctrina y teoría del derecho. Francia. Recuperado de: <http://master.sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences-po.fr.droit/files/users/aude.epstein/Filosof%C3%ADa%20del%20derecho%20y%20teor%C3%ADa%20del%20derecho.pdf>. Ubicado en: enero de 2014.
- David, René. (1973). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos (Derecho Comparado)*. Traducción de la 2ª edición francesa por Pedro Bravo Gala. Editorial Aguilar. España.

- De León Barrientos, María Alejandra, & Gudiel Monroy, Carlos (2010). *La Prioridad Registral. Un estudio comparativo*. Curso Anual del Derecho Registral Iberoamericano. CADRI. Recuperado de: <http://www.cadri.org/la-prioridad-registral-un-estudio-comparativo/> Ubicado en: febrero de 2014.
- Dworkin, Ronald (1989). *El imperio de la Justicia*. Versión Traducida en octubre de 2008. Editorial GEDISA. Barcelona, España.
- Dworkin, Ronald (1977). *Los Derechos en Serio*. Versión Traducida en septiembre de 1984. Editorial PLANETA S.A. Barcelona, España.
- Esquivel Zubiri, Jorge Luis (2012). *Derecho Notarial y Registral*. Editorial Trillas. México.
- Fabelo, José Ramón (2004). *Los valores y sus desafíos actuales*. Colección insumos lingüísticos. Libros Ted. Recuperado de: <http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=GeokCQ5oRXYC&oi=fnd&pg=PA8&dq=subjetivismo+y+objetivismo+axiol%C3%B3gico&ots=qvSIFu9G1A&sig=8j30XHtJtsD7jIYc4hPH8MCMC-8#v=onepage&q=subjetivismo%20y%20objetivismo%20axiol%C3%B3gico&f=true>. Ubicado en: diciembre de 2013.
- Figuroa Perdomo, Claudia Lavinia, & Ramírez Gaitán, Daniel Ubaldo (2010). *Derecho Registral I*. Sin editorial. Impreso en Zona Gráfica. Guatemala.
- Garazatua Nuñovero, Juan (2011) *La Seguridad Jurídica en el Sistema Registral*. En: Revista Fuero Registral. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Lima, Perú.
- García Amado, Juan Antonio (2005). *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. No. 5*. Universidad externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- García Cataldo, Héctor Eduardo (2009). *Historia y Política en Aristóteles. Constitución de Atenas y Política*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Universidad de Chile. Chile.
- García de Cortázar, Fernando. (2012). *La Historia de España no se puede contar sin los notarios*. 10 de septiembre de 2012. Recuperado de: www.notariado.org. Madrid, España. Ubicado en: noviembre de 2014.

- García Manrique, Ricardo (1989). *Acerca del valor moral de la seguridad jurídica*. Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante. Edición electrónica: Espagráfica.
- García Manrique, Ricardo (2005). *Acerca del valor moral de la Seguridad Jurídica*. Universidad de Barcelona. Recuperado de: cervantesvirtual.com. Ubicado en: enero de 2014.
- García Manrique, Ricardo (2007). *El Valor de la Seguridad Jurídica*. Editorial FONTAMARA. S.A. México.
- García Sánchez, José Aristónico (2014). *El notario del Siglo XXI*. Revista Electrónica No. 55. Mayo y Junio de 2014, del Colegio Notarial de Madrid. España.
- García-Hinojal, Vicente, & Rodríguez Parada, Ana Isabel. (2003). *Introducción práctica al Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro de Bienes Muebles y Oficina Liquidadora*. APR. Asociación Profesional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. España.
- Gomez Villa, Juan Ignacio (2014). *Un nuevo código deontológico para el Notariado mundial*. Aldea Global. Escritura Pública. Marzo/Abril 2014. 30-33. España.
- González, Carlos Emérito (1954). *Existencia y Límites del Derecho Notarial en Formación*. Ponencia presentada en el III Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París. Recuperado de: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.jurídicas.unam.mx. Ubicado en: julio 2014.
- González Dubón, Aníbal (2006). *El problema de la determinación de la obligación moral de obediencia al Derecho. Crítica sobre algunas perspectivas contemporáneas*. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Estudios de Posgrados. Universidad de San Carlos de Guatemala.

- Grün, Ernesto (1997). *El Derecho Posmoderno: Un sistema lejos del equilibrio*. Ponencia del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (JVR). Revista Telemática de Filosofía de Derecho. No. 1. 1997. Buenos Aires, Argentina.
- Guzmán Escobar, Pedro Francisco (2009). *Estudio sobre la Situación de la Tenencia de la Tierra y los Problemas de la Actividad Notarial en los Medios Rurales*. Tesis de Maestría. Universidad de San Carlos de Guatemala. Ediciones Mayté. Guatemala.
- Hernández, Héctor Rogel (2010). *Grandes éticas de la Historia*. Editorial PORRÚA S.A. México. D.F.
- Hernández Marín, Rafael (2002). *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*. MARCIAL PONS, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, España.
- Inzunza, Gloria (2004). *Tenencia de la tierra como facilitador del desarrollo sostenible en los asentamientos precarios de Chile*. Caso estudio Región del Biobío. División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos – CEPAL/.
- Kelsen, Hans (2007). *Teoría pura del Derecho*. 15ª Edición. Editorial PORRÚA. México. D.F.
- Laferriere, Augusto Diego. (2008). *Curso de Derecho Notarial*. Anotaciones efectuadas durante el cursado de la especialización en Derecho Notarial, realizada en 2008 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Nogoyá (Entre Ríos). Argentina.
- Leoni, Bruno (2008). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. UNIÓN EDITORIAL, S.A. Madrid, España.
- López Hernández, José (1998). *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*. Edita: TIRANT LO BLANCH. Valencia, España.
- Mackeldey, Ferdinand (1844). *Elementos del Derecho Romano que contienen la teoría de la Instituta / precedida de una introducción al estudio del mismo derecho*. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica. Madrid, España.
- Madariaga, Mónica (1993). *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*. 2da. Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile.

- Mena, José María (2013). *Seguridad Jurídica ¿Para quién?* Revista La Lamentable. 6 de junio de 2013. Barcelona, España
- Mesa Dávila, Francisco (2006). *Implicaciones de la ley del Registro de Información Catastral para la seguridad jurídica inmobiliaria en Guatemala*. Ponencia presentada al III Congreso Jurídico Landivariano en Quetzaltenango. Universidad Rafael Landívar.
- Montoro Ballesteros, Alberto (1993). *Derecho y Moral*. Universidad de Murcia. España.
- Moreno, Liz, & Erba, Diego Alfonso (2007). *El catastro territorial en la República de Guatemala*. Guatemala.
- Muchica Ccaso, Hugo Marcelino (2009). *Breves reflexiones acerca de la justicia preventiva y seguridad jurídica*. Revista Jurídica de la Asociación Distrital de Magistrados de Tacna "A prima luce". Volumen 02, Año I. Mayo del 2009. Perú.
- Munita Rojas, Enrique (1991). *La noción de seguridad jurídica en el pensamiento de Jorge Millas*. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. No. 190, año LIX, Julio-Diciembre 1991. Chile.
- Muñoz, Nery (2014). *Introducción al Estudio del Derecho Notarial*. 16ª Edición. Infoconsult Editores. Guatemala C.A.
- Muñoz, Nery Roberto, & Muñoz Roldán, Rodrigo (2009) *Derecho Registral Inmobiliario*. 2ª Edición. Infoconsult Editores. Guatemala C.A.
- Nemesio, Antonio (2000). *La Deontología y el Ejercicio Notarial*. Editorial Abeledo-Perrot S.A. E. e I. Buenos Aires, Argentina.
- Nino, Carlos Santiago (2005). *Introducción al Análisis del Derecho*. 2ª edición, ampliada y revisada. 13ª reimpresión. Editorial ASTREA. Buenos Aires, Argentina.

- Ojeda Olalla, María Eugenia (2006) *Una visión global de la conducta humana*. Recuperado de: <http://books.google.com.gt/books?id=euutkRMGS1sC&pg=PA117&dq=profundidad+de+satisfaccion+de+un+valor+Scheler&hl=es&sa=X&ei=ig88U-XJH-rRsQTr2oDQDg&ved=0CDYQ6AEwAA#v=onepage&q=profundidad%20de%20satisfaccion%20de%20un%20valor%20Scheler&f=true>. Ubicado en: febrero de 2014.
- Oropeza Barbosa, Antonio (2000). *La seguridad jurídica en el campo del derecho privado*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. UNAM. Ubicado en: www.juridicas.unam.mx.
- Ortiz Rivas, Hernán A. (1993). *Ética Notarial*. EDICIONES JURÍDICAS Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá, Colombia.
- Otero Parga, Milagros (2000). *Valores constitucionales. Introducción al a Filosofía del Derecho. Axiología jurídica*. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico. Universidad de Santiago de Compostela. Recuperado de: http://books.google.com.gt/books?hl=es&lr=&id=RvDsDjaGdhAC&oi=fnd&pg=PA9&dq=axiolog%C3%ADa+jur%C3%ADdica&ots=jJRXNfqhjf&sig=iRiqo4HBPUMUYR6bsytATW_KtS0#v=onepage&q=axiolog%C3%ADa%20jur%C3%ADdica&f=true. Ubicado en: enero de 2014.
- Palma Urrutia, Huber Ernesto (2011). *El catastro y la gestión urbana en Guatemala*. Revista electrónica AITEC. Mapping Latinoamérica. 30 de diciembre de 2011. Recuperado de: www.aitec-geo.com. Ubicado en: Mayo de 2014.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo, & y Munive Páez, Manuel Alejandro. (2012). *Obra Jurídica Enciclopédica. Sucesiones y Notariado*. Editorial Porrúa. México.
- Pedroza, René, y Villalobos, Guadalupe. (2006). *Entre la modernidad y la Postmodernidad: juventud y educación superior*. Educere. V. 10 n.34. Sep. 2006. Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca.
- Pereña, Jordi Guimet (2003). *Descripción y teoría general del Catastro*. Ediciones UPC. Universidad Politécnica de Catalunya. S.L. Barcelona, España.

- Pérez Delgado, Gabriel. (2008). *Breve Historia de la Evolución del Notariado en América Latina y Guatemala*. Cuaderno de Investigación No. 7. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento de Investigaciones y Publicaciones. Universidad Rafael Landívar.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coordinador). (2013). *Estudios de Derecho Notarial Iberoamericano. Libro Homenaje al Profesor Dr. Nery Roberto Muñoz*. Infoconsult Editores. Guatemala.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2007) *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Quinta Edición. Editorial TÉBAR, S.L. Madrid, España.
- Pérez Luño. Antonio Enrique (2009). *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. 8ª Edición. Editorial TECNOS (Grupo Anaya S.A). Madrid, España.
- Peyrano, Jorge W. (2002). *La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil*. Revista de la Facultad de Derecho. No. 57. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.
- Rawls, John (1995). *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión, Madrid, España.
- Reale, Miguel (1977). *Introducción al derecho*. Ediciones PIRAMIDE. Madrid, España.
- Recaséns Siches, Luis (2010). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Vigésima Edición. Editorial Porrúa. México.
- Renard, Georges (1979). *Introducción filosófica al estudio del derecho. Vol. I. El derecho, la Justicia y la voluntad*. Ed. Desclee de Brouwer, Buenos Aires.
- Rioja Bermúdez, Alexander (2014). *El principio del Tracto Sucesivo y la doble matriculación de fincas en el registro de la propiedad*. Información doctrinaria y jurisprudencial del derecho procesal civil. Dirección de Informática Académica DIA de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Perú.

- Roca Sastre, Ramón María (1942). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Edit. Bosch. Tomo I. Barcelona, España.
- Rodríguez Duplá, Leonardo (2006). *Ética*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel (2006). *El concepto de derecho de Ronald Dworkin*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx> Ubicado en: mayo de 2015.
- Rojas León, Gladys (2011). *La modernización de los registros públicos*. En: Fuero Registral. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Lima, Perú.
- Ross, Alf (2006). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Editorial GEUDEBA. Editorial Universitaria. Buenos Aires, Argentina.
- Soriano, Ramón (1993). *Compendio de Teoría General del Derecho*. 2ª edición corregida y aumentada. Editorial ARIEL. Barcelona, España.
- Suárez Romero, Miguel Angel (2009). *La seguridad Jurídica a la luz del ordenamiento jurídico mexicano*. Universidad Autónoma de México -UNAM- Recuperado de: <http://www.derecho.unam.mx/>. Ubicado en: febrero de 2014.
- Tarregón, Ernesto (2014). *La función social del notario: La Seguridad Jurídica*. El Confidencial. (8/03/2014). Recuperado de: http://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2014-03-08/la-funcion-social-del-notario-la-seguridad-juridica_98751/. Ubicado en: mayo de 2014.
- Vásquez López, Luis (2001). *Derecho y Práctica Registral*. Editorial Lis. Primera Edición. San Salvador, El Salvador
- Vilanova, José (1984). *Elementos de Filosofía del Derecho*. Segunda Edición. Editorial ABELEDO-PERROT. Buenos Aires. Argentina.
- Villegas Lara, René Arturo (2011). *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho*. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.

Wolkmer; Antonio Carlos (2006). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Editorial MAD. S.L. Madrid, España.

Otras publicaciones

- Comisión Institucional para el Desarrollo y Fortalecimiento de la Propiedad de la Tierra PROTIERRA, Unidad Técnico Jurídica UTJ. La Usucapión como medio para la regularización de la tenencia de la tierra y la Ley de Titulación Supletoria como obstáculo a la misma. Publicación de PROTIERRA. Guatemala, 1999.
- Coordinación de ONG y Cooperativas CONGCOOP. Desarrollo Rural e Incidencia Política. Publicación de CONGCOOP. Guatemala, 2000.
- Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Congreso Jurídico Guatemalteco. Guatemala, 2006.
- Consejo General del Notariado. Escritura Pública, Monográfico No. 6 (suplemento al No. 54). Madrid, España, 2008.
- Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar. El Sistema Jurídico Maya. Una aproximación. Guatemala, 1998.
- Ministerio de Justicia. Abogacía General del Estado. La modernización de la Justicia en España. 4, 5 y 6 de septiembre de 2001 y El ámbito privado del sector público. 11, 12 y 13 de diciembre de 2002. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España, 2003.
- Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala. El debate sobre la política de desarrollo rural en Guatemala: Avances entre octubre de 2000 y abril de 2002. Publicación de MINUGUA. Guatemala, 2002.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe, S.A. Dos tomos. Madrid, España, 1992.
- Revista: Escritura Pública. No. 63. Consejo General del Notariado. España, 2010.
- Universidad Rafael Landívar e Instituto de Transformación de Conflictos para la Paz en Guatemala -INTRAPAZ- Conflicto y uso de la Tierra. Nuevas expresiones de la conflictividad agraria en Guatemala. Guatemala, C.A., 2009.