



308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA 31
ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U. N. A. M. 209

**“RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO EN CUANTO A
SU IMPARCIALIDAD Y ETICA PROFESIONALES”**

T E S I S

**PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
QUE PRESENTA EL ALUMNO
ANDRES CARLOS VIESCA URQUIAGA**

NOMBRE DEL DIRECTOR DE LA TESIS:

DR. ALBERTO PACHECO ESCOBEDO

MEXICO, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1990.



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	PAGS.
I.	
ANTECEDENTES HISTORICOS	1
1. EL AUTOR DEL DOCUMENTO	1
2. EVOLUCION HISTORICA DEL DOCUMENTO	2
3. ESCUELAS ITALIANAS	10
4. EL NOTARIADO EN MEXICO	12
A) COFRADIA DE LOS CUATRO EVANGELISTAS Y REAL COLEGIO	12
B) LEGISLACION NOTARIAL	13
5. DIVERSOS SISTEMAS DOCUMENTALES	17
A) SISTEMA ANGLOSAJON	17
B) SISTEMA DE NOTARIADO ADMINISTRATIVO	22
C) SISTEMA DE NOTARIADO LATINO	24
6. NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO I	31
II.	
QUE ES EL NOTARIO:	32
1. CONCEPTO DE NOTARIO EN NUESTRA LEY VIGENTE	32
2. NATURALEZA JURIDICA DEL NOTARIO	32
3. CONCEPTO DE FE PUBLICA	42
4. EL NOTARIO FEDATARIO	50
5. EL NOTARIO DOCUMENTADOR	51
6. EL NOTARIO INTERPRETE	53

7.	ACTIVIDAD DEL NOTARIO COMO NECESARIA PARA LA VALIDEZ DEL ACTO O CONTRATO:	54
	A) ESCRITURAS Y ACTAS	55
	B) VALOR DEL CONTENIDO DEL DOCUMENTO	65
8.	NIVELES DE ACTUACION PROFESIONAL:	66
	A) LA INFORMACION	67
	B) EL ASESORAMIENTO.....	69
9.	NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO II	72
III.	IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO:	74
1.	EL DEBER DE IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO:	74
	A) ORIGEN DEL PROBLEMA	74
	B) FUNDAMENTACION LEGAL	80
	C) CARACTERIZACION DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD	82
2.	MANIFESTACIONES DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO:	104
	A) EL DEBER DE IMPARCIALIDAD EN LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES DE UN ACTO DETERMINADO	104
	B) EL DEBER DE IMPARCIALIDAD RESPECTO DE LOS TERCEROS	130
3.	FUENTES DE POSIBLES INFRACCIONES DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD:	139
	A) LA RELACION CON LA CLIENTELA	140
	B) LA VINCULACION FINANCIERA	140

4.	NECESIDAD SOCIAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL REDACTOR DEL CONTRATO:	142
	I) NECESIDAD DE GARANTIZAR LA LIBERTAD CONTRACTUAL:	142
	A) EL DERECHO CONTRACTUAL MODERNO Y LA FUNCION SOCIAL DEL CONTRATO, SU FUNDAMENTO	142
	B) LA LABOR DEL NOTARIO COMO FACTOR DE GARANTIA EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL	148
	C) FUNDAMENTO DE LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO	160
5.	NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO III	165
IV.	EL SECRETO PROFESIONAL:	166
	1) EL SECRETO PROFESIONAL EN GENERAL	166
	2) EL SECRETO PROFESIONAL EN EL NOTARIO PUBLICO	170
	3) EL SECRETO DEL PROTOCOLO	192
	4) DECLARACIONES DEL NOTARIO ANTE LOS TRIBUNALES	194
	5) LA VIOLACION DE HECHO DEL SECRETO	195
	6) LA VERDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION:	196
	A) QUE ES LA VERDAD	196
	B) POSICION DEL NOTARIO FRENTE A LA VERDAD	198
7.	NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO IV	202
V.	CONCLUSIONES	203
VI.	BIBLIOGRAFIA GENERAL	209

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS

I.- EL AUTOR DEL DOCUMENTO:

Se podría distinguir entre actor del documento y actor de la declaración de voluntad. En el documento notarial el autor del documento sería el Notario, y de la declaración de voluntad, la parte.

Sin embargo, esto es teoría de espaldas a la historia. Por regla general, el documento no fue escrito por uno de los contratantes, sino por un amanuense, por un tabellio, y por un Notario Vocancllariuf. En el Siglo IX se constituye incluso un monopolio de los notarios para escribir documentos. Los documentos contractuales y los probatorios son desde entonces documentos notariales. (1)

El Notario escribe el documento en cumplimiento de un encargo recibido. El contratante que rogó escribir el documento es jurídicamente el autor de él, como si lo hubiera escrito por su mano.(2) (El ruego o encargo equivale a chartam facere, fecid chartam, fecit memoratorium).

II.- EVOLUCION HISTORICA DEL DOCUMENTO:

El protocolo actual supone una larga evolución histórica del documento. (3)

1. Noticia dorsal. En un principio el Notario no retenía nada del acto o contrato celebrado a su presencia. Redactaba y escribía mundumfacere el documento a presencia de las partes, probablemente al dictado, en el pergamino de cuero que éstas le entregaban previamente. No existía el papel. Únicamente el pergamino de cuero.

Simplificado el formalismo y eliminada la redacción y escritura del documento de la unidad del acto, el Notario manuscibía el documento con antelación a su otorgamiento. Se distanciaban scriptum y completio. Para ello, en el momento de recibir el encargo, tomaba datos y apuntes en el dorso del mismo pergamino. De ahí el nombre de notitia dorsal. Naturalmente, al entregar el pergamino ya escrito y autorizado, nada quedaba en poder del Notario.

2. "Scheda, o Schedules". La noticia dorsal se escribió por el Notario en un pergamino de su propiedad, que retenía, distinto por consiguiente, del entregado a las partes. Parece que también se llamaba dictum, pero este nombre se encuentra igualmente aplicado al texto de la imbreviatura y el instrumento. Dictum se circunscribe al texto genuino, original.

3. Nota, imbreiatura, abreviatura o roguito (4). Las notas que contenía la scheda se transcriben cronológicamente y toman rango oficial. Ha aparecido el pergamino de tela, que, aparte de ser menos costoso que el de cuero, permite su fácil colección en la forma actual del libro. Europa empieza a conocer el papel a través de los árabes de España. (5).

La carta sigue siendo el documento solemne. Pero aquélla scheda, sin carácter oficial de ninguna clase, había establecido un precedente trascendental: Se extendía antes que la carta. Lo mismo aconteció con la imbreiatura. En vez de ser una inscripción o anotación a posteriori de una carta, ya autorizada y expedida, la formalización de la imbreiatura precede a la expedición de la carta, tanto que con mucha frecuencia la carta no llega a expedirse porque el

pergamino de cuero es caro. La fuerza de la carta se translada a la imbreiatura. La carta puede expedirse años después de la imbreiatura, por Notario diferente y a petición del Juez (6).

4. Instrumento y Protocolo. El texto de las cartas se substantiva, y la fe pública del Notario eclipsa a todas las formalidades. La carta se transforma en instrumento. Ha desaparecido la diferencia entre carta breve. Pero al mismo tiempo, el instrumento íntegro y original, queda retenido por el Notario. De este documento se dan copias o ejemplares.
5. Protocolo y Registro de la Propiedad. Tres procedimientos se han seguido para organizar los documentos públicos originales.

a) El Cronológico. Las notas o imbreviaturas se organizaron cronológicamente en Italia y España. Sin embargo, hay algunos intentos en España de organización por clases de instrumentos. Así, en España, en el archivo de protocolos, de Barcelona, hay libros de imbreviaturas de los Siglos XIII y del Siglo XIV, titulados: Liber Testamentorum, Liber Venditionum; Capibrevium Reddituum.

b) El personal (personalfolien). Los libros de contabilidad (Liber rationibus), de los grandes terratenientes medievales, aún sin fe pública, clasificados sus actos y contratos en el cobro de las rentas con arreglo al nombre de los llevadores de tierras. Había aparecido en el sistema de contabilidad, además del libro diario, el libro mayor, con folio personal.

c) El real (real folien). En las Ciudades libres medievales el municipio es un pequeño estado. Y además intervencionista por la cerrada organización gremial. No hay división de poderes. La comuna municipal es la administración, parlamento (dentro de los estrechos límites de los estatuta) y el poder judicial. Todo se decide en sesión pública. Las actas de las sesiones son multiformes: Al lado de un acuerdo típicamente municipal aparece una sentencia; a continuación de una multa, una transferencia de dominio. La necesidad práctica impone una diferenciación y clasificación de los libros de actas. Uno de los escribanos o conserjales se encarga de la justicia, de las funciones notariales y de los libros de actas de inmuebles (7). Cada municipio tuvo sus libros de actas referentes a la contratación sobre inmuebles.

Al crecer la Ciudad, la naciente técnica de la administración llevó a dividir el perímetro urbano en cuarteles, y consiguientemente a distribuir en secciones jurídicas dentro del mismo protocolo de inmuebles. Ya no basta un libro para cada Ciudad, es preciso un libro para cada cuartel. La diferenciación se acentúa a medida que por influjo del desarrollo contable del libro mayor se generaliza la costumbre de abrir cuenta individualizada, no solo a las personas, sino a las mercaderías, y a las cosas. A cada finca se le abre su cuenta: Se produce así el sistema llamado real.

Más el acto o contrato no ha dejado de ser un instrumento público, con la misma sustantividad y fe pública absoluta. La eficacia de la llamada

inscripción sustantiva no es, ni más ni menos, que la atribuida a los instrumentos públicos cuando la forma viene exigida a *solemnitatem*.

La extinción o apagamiento de los derechos contrarios no inscritos es una consecuencia del procedimiento de edictos o proclamas de la contumacia o rebeldía que superpuso la documentación judicial (8).

- d) Tiempos modernos. En los países latinos, por influjo de los glosadores, que hicieron triunfar sobre los principios feudales contrarios la regla *prior tempore, potior iure*, el protocolo se estanca en la organización cronológica. De ella no hemos pasado.

III.- ESCUELAS ITALIANAS:

Las Escuelas del Notariado de Italia son Escuelas de Jurísticas prácticos, no podían menos de recibir inmediatamente el influjo de Bolonia. Pero Bolonia, además, salió a su encuentro, y apenas nace, en sus albores, se preocupa sin perder momento de los instrumentos públicos.

Irnerio, tenido durante mucho tiempo por fundador de la Universidad de Bolonia, se anticipó a escribir un formularium tadelliorum (9). Con los textos de Justiniano a la vista, singularmente la Ley contractus del Siglo IV contrapone el original o matriz, que siguiendo a Justiano llama protocollum, pero que acercándose a tradición medieval para mayor claridad no deja de llamar rogatio, al instrumentum o carta. La rogatio se redacta en forma objetiva; la carta o instrumentum rogationis en forma subjetiva.

Las publicaciones o faltan o están abreviadas en la rogatum, y están completas en el instrumentum. Yo pienso que esto se puede resumir de la siguiente forma: El original se llama protocollum, rogatio o roguito, y a la carta se le llama instrumentum.

La fuma notariae, drainerius de Perugia (10) del año 1213, confirma la contraposición entre protocolo e instrumentum y precisa cuales publicaciones y cuales capitula deben insertarse en el protocolo y cuales en el instrumentum. Muy cerca de la redacción única, todavía no se ha logrado por completo la misma.

Inmediatamente derivado de la suma de Rainerius de Perugia es el formulario de Bencivenni de Norcia del año 1235, dado a conocer por Caudenzi en el botellino del Instituto Sdorico Italiano.

Las summa nodariae, de Arezzo (11) de los años 1240 a 1243 mantienen la contraposición irneriana; de un lado, imbreviatura, abreviatura o protocollum, y de otro, instrumentum vel charta. La imbreviatura tiene siempre forma subjetiva; el instrumentum, objetiva.

IV.- EL NOTARIADO EN MEXICO:

A) COFRADIA DE LOS CUATRO EVANGELISTAS Y REAL COLEGIO.

Los escribanos que hacia 1573 se encontraban en la Ciudad de México ratifican esa característica, como que se agruparon buscando una solidaridad eficaz para ellos y en buena medida, también para la Sociedad en cuyo medio actuaban.

En 1573 los escribanos se reunieron en la cofradía o congregación que dieron en llamar de los 4 evangelistas. No cabe a mi juicio la menor duda que ésta reunión de Notarios es la primera agrupación que se conozca en tierras de América. Prescindiendo de esa cofradía, también en México tuvo lugar la efectiva fundación del primer Colegio de Escribanos. El 27 de Diciembre de 1762 se creó el Real Colegio de Escribanos de México, que continuó su actividad desde entonces hasta el presente con el solo cambio de nombre. Hoy como todos nosotros sabemos se le denomina Colegio de Notarios del Distrito Federal.

B) LEGISLACION NOTARIAL.

Hacia 1853 se dictó la Ley para Arreglos de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común para todo el País, que encierra, luego de la

Independencia, las primeras posiciones relacionadas con la organización del Notariado Mexicano.

Su contenido está en los lineamientos generales de la organización española; no aporta, en verdad, elementos de progreso en cuanto a lo que tenemos conocido.

En cambio la Ley del 29 de Noviembre de 1867 conocida como Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, delimita perfectamente la actividad de los Notarios en cuanto que han de actuar en sus propios protocolos y a la fe de los Actuarios, que especifica y concretamente deben realizar una función de orden jurisdiccional. Por otra parte, hace el ajuste en materia de conocimientos necesarios para acceder al cargo de Notario, determinado, si bien no como exigencia fundamental, entre los requisitos, la obtención del Título de Abogado o Licenciado en Derecho.

En América y en concreto en 1867, el Notariado Mexicano dió un impulso a lo ordenativo posterior que vendría fijando el camino seguro de lo jurídico notarial próspero, disciplinando el conocimiento mediante el estudio. El número de los Notarios que podrían ejercer resultaba de la proporcionalidad por habitante.

Ya hacia el año 1901 fue dictada una Ley para el Distrito Federal y para los Territorios Federales, que contiene aspectos que darán personalidad al Notario de los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo uno de ellos es el sistema de protocolo en libro encuadernado. Para evitar las dificultades que pudieran producirse en los casos en que hubiera que escribir dos o más instrumentos o matrices simultáneamente, ello podrá llevarse a efecto actuando hasta en 5 libros, aclarando que actualmente son 10.

Un Reglamento severo allana dificultades e infracciones para con las fechas. Se exigió la fianza y ya, terminantemente, se requirió el Título de Abogado o Licenciado en Derecho, sin perjuicio de la presentación a un examen práctico, con control y participación del propio Colegio Notarial como todos nosotros lo sabemos. Extirpó las Notarias, que por arrastre del sistema español, subsistían aún como propiedad del Notario por haber sido adquiridas por compra y ratificó la limitación numérica.

En Ley del 31 de Diciembre de 1945, de calidad fuera de lo común y en primer plano dentro de las más avanzadas de la organización notarial. Al carácter de Abogado o Licenciado en Derecho y las existencias de orden que podríamos calificar comunes, incorpora el régimen de concurso por oposiciones a los efectos de obtener la regencia de un registro.

Actualmente, rige en México la Ley del 8 de Enero de 1980 en donde se establece que la función notarial es de orden público.

Permite, si, un régimen peculiar para que un Notario pueda ser suplido por otro, estatuyendo la posibilidad de que dos Notarios puedan asociarse y autorizar en sus respectivos protocolos. (12)

V.- DIVERSOS SISTEMAS DOCUMENTALES:

A) SISTEMA ANGLOSAJON:

Los profesionales jurídicos de Inglaterra se hayan divididos en 2 ramas: Solicitor: Es aquélla persona con conocimientos de derecho, y que, al manejo de su técnica jurídica, el solicitador tiene una especialización redactora y práctica de las funciones administrativas.

Parriscer: Como Abogado que es, se haya plenamente capacitado; es el que comparece en el Tribunal para actuar y para llevar adelante personalmente la causa. El cliente apenas lo ve, porque es el solicitador quien se comunica con el barriester, le prepara el caso, se lo expone y luego lo estudian juntos. Es el barriestier el que corre con el Juicio.

El Notary: Ejerce una actividad netamente privada sin delegaciones fideicacientes, el documento que él circunstancialmente realiza es del mismo carácter.

Los documentos en general son redactados por los particulares.

Con respecto a los Notarios, no se les encomiendan estas tareas, pues sus atribuciones son muy limitadas, reduciéndose a la fas certificante, aunque la autenticación en el Derecho Inglés no se produce por la simple firma del Notario, por cuanto la prueba de un conocimiento requiere la presentación del original al Juzgado, y si la parte contraria impugna su atenticidad, ésta ha de probarse por las declaraciones de los firmantes del documento, incluso por testigos autenticadores y por otras personas que conozcan la firma o por peritos calígrafos.

En Inglaterra no existe el documento ejecutivo en virtud de no ser necesaria la autenticidad para su validez.

Los documentos en general, los redactan los particulares o se los encomiendan al solicitador o barriester (profesionales del derecho). Las atribuciones del Notario son tan limitadas como las enumeradas en la definición que da Halspruy, citado por Gardey, y que dice: Es el funcionario debidamente nombrado, cuya función pública consiste, entre otras materias, en redactar, atestiguar o certificar, habitualmente, con su sello oficial, contratos y otros documentos, incluso traspaso de propiedad real y personal situada en Inglaterra, en los dominios británicos de ultramar o en país de extranjero; anotar o certificar transacciones relativas a documentos negociables; preparar testamentos y documentos análogos; levantar protestos y otros documentos formales relativos a sucesos en los viajes de buques y a su navegación, así como al transporte de mercaderías en barcos. (10).

Entre otras características del Notariado Inglés, mencionamos la poca reelevancia que tiene dentro de las Instituciones de dicho País, como consecuencia de la gran importancia que en el mismo se concede a la costumbre y a la jurisprudencia, (comonlaw) careciéndose además de principios fundamentales jurídicos.

Por ello, la autenticación de firma hecha por un Notario en un documento hace valer a éste como prueba escrita y no como pieza jurídica eficaz.

En principio se exige en los Notarios, al igual que en los Abogados o Licenciados en Derecho y Procuradores, un cuidado razonable y un mínimo necesario de actitud profesional.

B) SISTEMA DE NOTARIADO ADMINISTRATIVO:

El notariado estatizado significa intervencionismo del estado dentro de los actos de la vida civil de los Ciudadanos, y burocracia con todas las secuelas de sus implicancias.

Donde impera un régimen de dirigismo estatal, encontramos el Notariado Administrativo como funcionario dependiente de la administración pública, que desempeña su función teniendo en mira los intereses y conveniencias de las concepciones políticas vigentes.

Es tal la identificación absoluta entre el concepto del Notario y Funcionario, que la Oficina Notarial no pasa de ser una simple dependencia administrativa del Estado, y la organización notarial se inspira en razones ideológicas que caracterizan al régimen político imperante.

Es decir, el Estado subsume la actividad profesional transformándola en un instrumento controlado por el mismo, regularizando las facultades creadoras y constitutivas de derecho.

Puedo deducir que las fallas notariales en el ejercicio de sus funciones no son personales, ya que como Órgano, responsabiliza al Estado por los perjuicios que originare.

Por ello, le son aplicables a su responsabilidad reglas concernientes a los Funcionarios Administrativos.

Por lo tanto, en el Notariado Administrativo no encontramos según yo, la imparcialidad en el asesoramiento y en la redacción del documento, ya que su función está teñida de la parcialidad que se desprende de las circunstancias de ser el Notario un Funcionario en relación de dependencia.

C) SISTEMA DE NOTARIADO LATINO:

El Notario Latino es aquel profesional del derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a este fin confiriéndoles autenticidad; conservar los originales y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendido la autenticación de hechos.

De ésta declaración se desprende que la primer tarea enunciada de la función del Notario es la de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes. Esta tarea de creación o elaboración jurídica, requiere que, como jurista distinguido y especializado, el Notario interprete la voluntad de las partes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia, actuación que siempre es rogada y nunca de oficio.

Es decir, que al conocer la voluntad de las partes debe explicarles las consecuencias jurídicas del acto que quieran realizar y asesorarlas para la adecuación de esa voluntad, ensamblándola con la Ley.

Su asesoramiento siempre ajustado a derecho, se realiza en defensa de la libertad y autonomía de la voluntad; actuando como tercero siempre imparcial evitando los futuros pleitos en pos de tutelar y precaver el derecho, cumpliendo una verdadera magistratura de la paz jurídica.

Su misión, al estar siempre por encima de los intereses en juego, lo obliga a proteger a las partes en un plano de igualdad; y al interpretar la voluntad de las mismas, deberá hacerlo en salvaguarda de la equidad y de la justicia.

El Dr. Allende, citando a Carnelutti, al referirse al Notario como intérprete jurídico, nos dice: Que el Notario lo que hace en realidad es interpretar, traducir la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al derecho, ligar la Ley al hecho. (13).

La potestad de redacción del documento que posee el Notario de tipo Latino se complementa con la potestad autenticadora; es decir, del documento que emana del Notario es auténtico en función de la fe pública con que está investido el auto. Esta fe pública, proviene directamente de la Ley, es completamente distinta a la que pueda tener el Notario Anglosajón, y es la que Pondé dibuja como fe notarial, es decir autónoma y autárquica, eminentemente personalizada, indelegable, singular y única; es aquella que en el año de 1803,

con la Ley de Ventoso, cortó el cordón umbilical que la ligaba con la fe judicial.

El rasgo que marca la singularidad de la fe notarial, es que la posee el Notario, él solo por eso es personal, enfáticamente personalísima. Tanto la fe administrativa como la fe judicial y la fe legislativa se exteriorizan corporativamente, es fe del cuerpo administrativo o del cuerpo judicial, no hay fe personal de ninguno de sus representantes.

El Notario en su tarea de redacción, realiza ésta en forma equitativa, neutral, porque no actúa para su cliente, sino para otorgantes o comparecientes, actuando al servicio del derecho y no de parte interviniente alguna, dándole forma jurídica a la voluntad de las partes.

La función del Notario de tipo Latino se encuentra inserta en el mismo tráfico negocial, comenzando la actividad notarial respecto al negocio jurídico, cuando éste es todavía futuro; por cuanto la imparcialidad del redactor del contrato no se centra entre las partes, sino que se proyecta hacia los terceros a quienes en el futuro pueda afectar el negocio.

La imparcialidad del Notario se pone de manifiesto cuando asesora, situándose entre las partes como tercero imparcial, recogiendo su voluntad negocial, adecuando y calificando lo querido por las mismas a la Ley; imparcialidad que se manifiesta también cuando redacta el instrumento que refleja en forma clara y fehaciente lo convenido por los otorgantes, dotando de legalidad y fe pública al texto por él autorizado, a la vez que reviste al acto

de una presunción de veracidad que lo hace apto para imponerse por sí mismo en las relaciones jurídicas por su propia eficacia.

El Notario de tipo Latino es pues, un Profesional del Derecho altamente especializado, con título universitario, cuyo acceso al ejercicio de su función está minuciosamente reglamentado, controlado, con nombramientos resultantes de concursos u oposiciones, y condicionado en su número a la capacidad y posibilidad de estricto control y vigilancia por parte de los organismos notariales, y de las Autoridades competentes encargadas por las Leyes de su contralor, tal y como ocurre en nuestro País, en Italia, España, etc.

El Notario en este sistema, en razón del ejercicio de su función y como garantía para la Sociedad y como prestigio de la institución a la que pertenece, está sujeto a la acción de responsabilidades que pueden ser: Civil, Penal, Administrativa, Profesional, etc., es decir, su actuación compromete su responsabilidad.

Para garantizar la imparcialidad de su actuación, existen incompatibilidades para el ejercicio de la función de Notario. establecidas legalmente, que se refieren a su persona por ejemplo: Parentesco, etc. Las disposiciones jurídicas que prevén las prohibiciones e incompatibilidades con la función notarial, tratan de evitar todo vínculo de parcialidad, las mismas son de carácter preventivo. Esta es la finalidad que persigue nuestra Ley del Notariado vigente.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO I

- (1) ZUR RECHTSGESCHICHTE DER ROMISCITEN UND GERMANISCHEN URKUNDE. ERSTER BAND. DIE PRIVATURKUNDEN ITALIENS, BERLIN 1180. PAG. 24.
- (2) ZUR RECHTSGESCHICHTE DER ROMISCITEN UND GERMANISCHEN URKUNDE. ERSTER BAND. DIE PRIVATURKUNDEN ITALIENS BERLIN. 1880. PAG. 25.
- (3) KERN: DORSUALCONCEPT UND IMBREVIATUR, STUTTGART, 1906. PAG. 29.
- (4) JAMES GOW Y SALOMON REINACH: MINERVA, TRADVACA, MADRID. 1911. PAG. 27.
- (5) JAMES GOW Y SALOMON REINACH: MINERVA, TRADVACA, MADRID. 1911. PAG. 27.
- (6) LAS SIETE PARTIDAS. LEY LIV, TITULO XVIII, PARTIDA 3A.
- (7) WAITZ: DEUTSCHE VERGASSUNGSGESCHICHTE, PAG. 422.
- (8) NUÑEZ LAGOS RAFAEL: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL. PAG. 20. MADRID ESPAÑA, ED. ARTES GRAFICAS SOLER.
- (9) IRNERIO "FORMULARIUM TABELLIORUM", VOLUMEN I, EDICION DE 1914. CON EL TITULO WERNERII. PAG. 11.
- (10) IRNERIO "FORMULARIUM TABELLIORUM", VOLUMEN II, EDICION DE BOLONIA DE 1882. PAG. 30.
- (11) AREZO "SUMMA NOTARIE DE", VOLUMEN III, EDICION CICOGNARI, PAG. 283. BOLONIA 1901.
- (12) PONDE EDUARDO BAUTISTA. "ORIGEN E HISTORIA DEL NOTARIADO" PAG. 424. EDICIONES DE PALMA. BUENOS AIRES ARGENTINA 1967.
- (13) ALLENDE IGNACIO M. "LA INSTITUCION NOTARIAL Y EL DERECHO". PAG. 44. EDITORIAL ALBELEDO PERROT. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1976.

CAPITULO II QUE ES EL NOTARIO

1.- CONCEPTO DE NOTARIO DE NUESTRA LEY VIGENTE:

El artículo diez de la Ley del Notariado define al Notario: "Art. 10. Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos".

2.- NATURALEZA JURIDICA DEL NOTARIO:

La primera parte de nuestra definición, nos dice que Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública.

Al analizar esta parte, podremos contestar ya la pregunta que se había planteado, ¿Es el Notario un funcionario público?

Tomaremos primeramente en cuenta que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su título cuarto, al referirse a las responsabilidades de los altos funcionarios y empleados públicos no define qué es un funcionario. Entonces procede que recurramos a la doctrina para conocer qué es un funcionario público.

El maestro Gabino Fraga, en su libro titulado "Derecho Administrativo" (1), nos da algunas características propias de los funcionarios públicos y nos señala algunas diferencias que lo distinguen de los otros empleados, y al efecto dice: "... Respecto de los funcionarios y empleados, es una cuestión muy debatida en la doctrina señalar cuáles son los caracteres que los separan..." toma seis puntos fundamentales de los cuales comentamos lo siguiente:

1. La duración del empleo.- El funcionario es designado por un tiempo determinado: en cambio el empleado goza de mayor estabilidad.

2. Tipo de retribución.- La retribución del funcionario puede ser honorífica, en cambio la del empleado es siempre remuneratoria.

3. Naturaleza jurídica.- La naturaleza jurídica que los vincula con el Estado, es diferente, ya que si la relación es de Derecho Público, entonces estamos en presencia del funcionario y si es de Derecho Privado, pertenece al empleado.

4. El poder de decisión.- Es claro que el de los funcionarios tiene un mayor ámbito de fuerza, tienen capacidad de decidir y ordenar, en cambio los empleados son generalmente ejecutores.

5. Ambito de facultades.- El funcionario tiene señaladas sus facultades en la ley o en la Constitución; en cambio los otros empleados se rigen generalmente por reglamentos.

6. Por las relaciones que crean.- Los funcionarios siempre crean relaciones externas y los empleados internas.

Añade el maestro Gabino Fraga diciendo "por nuestra parte, consideramos que el último criterio de los señalados es el que corresponde realmente a la idea consignada en las disposiciones constitucionales, de tal manera que examinando a cada uno de los funcionarios enumerativamente fijados por los preceptos a que nos referimos en un principio, se encuentra que todos ellos tienen ese carácter representativo que los coloca como intermediarios entre el Estado y los particulares, en tanto que indudablemente existen al lado de ellos todo un conjunto de Agentes de Administración que solo guardan la relación interna con el servicio necesario para auxiliar a los representantes en el ejercicio de sus facultades".

Ahora que conocemos someramente las principales características de los funcionarios públicos, veamos si podemos relacionarlas con las características del Notariado y su función.

Primeramente tomemos en cuenta que la doctrina siempre ha considerado al funcionario público como aquél que representa directamente a los órganos de la Administración Pública Federal. El Notario por su parte no representa directamente ni en una forma general o estricta al Estado.

Además, es característico en la Administración Pública, que los diferentes órganos en que se compone, guarden siempre una relación de jerarquía y dependencia.

Los Notarios no están sujetos a un poder superior ya que el Poder Ejecutivo a través del Departamento del Distrito Federal, solo ejerce funciones de vigilancia y de control, pero sin que esto signifique que exista una subordinación, o que forme parte integrante del mismo.

Más aún, el Gobierno no responde de los actos realizados por el Notario en el ejercicio de sus funciones, si no que éste responde directamente de los actos que realice. (Responsabilidad de tipo civil, penal, fiscal, administrativa).

Recordemos también que no existe contrato de trabajo o relación jurídica con el Estado. Su ingreso depende de la aprobación de dos exámenes , uno de aspirante y el otro de oposición, en cambio la de los funcionarios, existe un nombramiento o una elección.

Por último podemos señalar que no existe un compromiso laboral o de subordinación y dependencia que implique la obtención de algún salario o alguna retribución, ya que la propia Ley del Notariado para el D.F, en su Artículo 7º dispone "Art. 7º Los Notarios tendrán derecho a obtener de los interesados los

gastos erogados y a cobrar los honorarios que se devenguen en cada caso conforme al arancel correspondiente y no percibirán sueldo alguno, con cargo al Presupuesto de Egresos del Departamento del Distrito Federal.

Por último quisiera citar nuevamente a la Ley del Notariado del D.F., que en su Artículo 17 nos dice:

"Art. 17. Las funciones de Notario son incompatibles con todo empleo, cargo o comisión públicos..." tal parece que el Estado no quisiera tener o aparentar una relación directa con el Notario, ya que le prohíbe aceptar nombramientos que lo conviertan en empleado o funcionario, bajo la dirección y dependencia del Estado.

"Es más el nacimiento del Notario, históricamente, es anterior al del estado moderno, a la división de poderes, y a la actual organización burocrática. La situación del Notario, dentro de la organización estatal contemporánea, es indeterminada, depende del Estado, pero no está dentro de su organización administrativa, ni burocrática". (2)

Con todo lo anteriormente expuesto parecería inicuo seguir sosteniendo que el Notario es un funcionario, entonces debe ser un profesionista.

Recurramos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (3) que en su Artículo 5º consagra la garantía de libertad para escoger la profesión que más convenga a la persona y determina las profesiones que necesitan título para su ejercicio.

La Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional (Ley de Profesiones) (4) sí comprende entre las profesiones que reglamenta, a la del Notario (Art. 2º). Ahora la Ley sí incluye y considera al Notario como un profesionista.

Tomando en cuenta lo antes expuesto y si consideramos el Artículo 1º de la Ley del Notariado para el D.F., que nos dice: "Art. 1º. La función notarial es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al Ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, Licenciados en Derecho o Abogados, mediante la expedición de las patentes respectivas".

No nos quedará ya duda alguna de que el Notario es un profesionista, ya que ahora la redacción del Artículo 1º con la reformada redacción del Artículo 10º son concordantes y convincentes.

La segunda parte de nuestra definición, nos dice que el Notario aparte de ser un Licenciado en Derecho o Abogado, está investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en términos de Ley.

3.- CONCEPTO DE FE PUBLICA:

Algunos autores han definido a la fe pública como:

- Rafael de Pina (5) que nos dice: "... Es la calidad de certeza atribuida al contenido de los documentos notariales y a las calificaciones de quienes se hayan autorizados para ejercerla por la legislación mercantil o judicial".

- Enrique Giménez Arnáu (6), nos dice: "El que tiene fe, tiene una creencia, una convicción, una presunción, una certeza, una seguridad o una confianza, es la necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad, los hechos y actos cometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos".

- Sanahuja y Soler (7), dice que la fe pública es la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al Derecho son ciertos, y añade que los hechos que interesan al Derecho son de variadas clases como:
 - a) Las normas jurídicas o actos creadores del Derecho: (que corresponden a la fe pública legislativa).

- b) Resoluciones mediante las cuales el poder público somete un hecho determinado a la norma jurídica general; (que corresponde a la fe judicial).

- c) Actos de ejecución del Derecho estatuida en las normas o declarado en las resoluciones; (que corresponde a la fe pública administrativa).

- d) Hechos previstos en la norma jurídica general y de los cuales derivan derechos, obligaciones y sanciones (que corresponden a la fe pública notarial).

- José María Mengual y Mengual (8) por su parte comenta: "es el contenido que, con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo manifestado por aquellos a quienes el poder público reviste de autoridad asignándoles una función".

- Fernández Casado, en su libro titulado "Tratado de Notaría" (9) añade a lo dicho diciendo: "fe pública es la creencia de lo que no vimos, ni oímos apoyada en el testimonio del poder central".

- Finalmente, Carlos Emérito González (10), define a la fe pública como el poder que compete al funcionario para dar vida a las relaciones jurídicas; constituye una garantía de autoridad, la da el Estado a determinados individuos mediante ciertas condiciones que la Ley establece.

Que podríamos concluir de todo lo anteriormente dicho:

La fe por definición es la creencia que se dá a las cosas por la persona o autoridad que las dice:

Etimológicamente fe proviene del griego fideis, que quiere decir fidedigno, verdadero.

Pero porqué es pública la fe: considero que es pública porque proviene del Estado, pero él no es el titular de la fe. Retomando la doctrina de Juan Jacobo Rousseau, recuerdo que al hablar del nacimiento del Estado decía que en los primeros tiempos, el hombre se encontraba en un estado primitivo que originaba luchas y diferencias entre ellos mismos, posteriormente al evolucionar y empezar la vida sedentaria se vieron en la necesidad de relacionarse y comerciar, es entonces cuando empiezan a surgir las primeras normas que más tarde al

evolucionar el hombre cedería sus derechos naturales al Estado para que éste los vigilara y garantizara su cumplimiento en una paz social. Entonces la fe como medio de alcanzar la estabilidad social, pertenece al pueblo y éste después la otorga al Estado (11).

Es por ésto que algunos autores consideran que la fe pública es un atributo del Estado el cual lo puede ejercer a través de sus 3 poderes: Legislativo, Judicial y Ejecutivo.

La fe es un atributo que tiene el Estado ya que dentro de los fines que persigue el Estado, está el conservar la paz social, y la fe pública ejercida por los Notarios contribuye a mantener la paz social. Entonces podemos decir que el Notario al dar fe tiene una función pública.

Por su parte Mengual afirma con acierto que el "fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal (12).

Así pues podemos ver cómo el Estado al querer conservar esta armonía social, al expedir sus documentos oficiales, les imprime características particulares como el uso de papel oficial, sellos, firmas, perforaciones, etc., así se evita la falsificación y se presume que dichos documentos son auténticos, y por lo mismo traen aparejada cierta fuerza.

Ahora bien, como los particulares al celebrar sus contratos no cuentan con esa autenticidad y fuerza acuden al Notario como profesionista que es, para que haciendo uso de su fe imprima ese sello característico al Instrumento Notarial. El Notario al dar fe de los actos y hechos jurídicos, está ejerciendo una función del Notario, no se limita a hacer fe sino a oír a las partes, interpretar su voluntad, darle forma, etc., entonces aquí el Notario está ejerciendo una función como la de un profesional del derecho.

Es importante por último señalar la eficacia procesal de la fe en los instrumentos públicos, ya que el Notario puede intervenir en el proceso formativo del acto y en los hechos en el preciso momento en que estos suceden. El Notario al dejar constancia de ciertos hechos en su protocolo, y posteriormente expedir copias certificadas de dichas actuaciones, constituye una función de gran importancia en el mundo del derecho.

Según Rafael Núñez Lagos (13), la frase fe pública responde a un concepto histórico de matices místicos, que para la teoría general es de un grado o manera de eficacia de ciertos hechos narrados en un texto documental, eficacia atribuida por la Ley a una clase de documentos calificados de públicos.

4.- EL NOTARIO FEDATARIO:

El Notario Fedetario es el mero autorizante, el dispensador de la autenticidad, que se limita a dar fe de lo que percibe sin introducir la más mínima alteración. Nada aporta ni analiza siquiera el contenido del documento.

5.- EL NOTARIO DOCUMENTADOR:

Es preciso mencionar que el Notario Documentador no solo es fedatario de documentos ajenos o menos legitimados de sus firmas, puesto que por vía de precepto autoriza documentos propios, documentos que el mismo ha redactado o confeccionado de los que él es autor; es también Notario Documentador, previamente al acto del otorgamiento en efecto una actividad notarial de gran importancia, la redacción del documento que ha de ser autorizado. (14).

Hay por tanto a cargo del Notario, un deber de redacción, según González Palomino y Giménez Arnau (15).

La redacción notarial no se limita a las publicaciones sino que comprende todo el TENOR NEGOTII o sea redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización.

De lo anterior se deduce que no es una mera redacción literaria, (aunque también lo sea), sino una redacción jurídica (16), porque en la redacción documental hay elaboración o tratamiento técnico-jurídico profesional del Notario y no la sola narración de hechos ocurridos a presencia notarial.

Carnelutti dice "ser documentador es una parte de la profesión del Notario a la cual sin embargo, son encomendadas otras y más importantes funciones de manera que si la profesión del Notario se reduce verdaderamente la función documental su figura aparece mutilada". (17).

6.- EL NOTARIO INTERPRETE:

Según Giuliani; es un técnico mediador u operador jurídico, profesional, consejero o consultor jurídico, cuya actividad no solamente es parte esencial y constitutiva del ejercicio de la función notarial, sino que es en su mayor y mejor parte. (18).

Giuliani, continúa diciendo que en la confección del documento representa solamente el punto terminal, de la actividad del Notario, cuyas funciones tienen más lejanos orígenes y mucha más compleja estructura (19)

7-

LA ACTIVIDAD DEL NOTARIO COMO NECESARIA
PARA LA VALIDEZ DEL ACTO O CONTRATO:

a) Escrituras y Actas.

b) Valor del contenido del documento.

En nuestro Derecho positivo la actividad del Notario rebasa y trasciende la esfera de los hechos, para entrarse de lleno en la del Derecho, en la de la validez y valor de las relaciones jurídicas. Esto sin duda contradice aquella idea elemental de algunos que creen que el Notario es una simple máquina fotográfica.

a) Escrituras y Actas.

Nuestra técnica notarial, se basa en la distinción fundamental entre Escrituras y Actas; siendo que las primeras tienen por contenido una declaración de voluntad, un negocio jurídico; las segundas contienen sólo hechos que no sean típicamente declaración de voluntad.

En mi opinión, el Notario dentro de sus deberes de funcionario público, aunque la ley actual no lo menciona como tal, sin embargo si dice que es una función de orden público y está investido de fe pública, ha de desenvolver una actividad técnica de Jurista, acomodando sus actuaciones y la voluntad de las partes a los preceptos

de fondo exigidos por el ordenamiento jurídico para la perfecta eficacia del acto o contrato formalizado (testamento, compraventa, etc.).

Las actas, por el contrario, sólo exigen, del Notario una actividad de "Visu et

Auditu Suis Sensivus", sin entrar en el fondo, adaptándose al derecho, únicamente en cuanto a los aspectos de forma en aquellos casos excepcionales en que la Ley lo exigiere; protestos, subastas, etc. En las Actas el Notario narra el hecho patente para sus sentidos, y le deja ser lo que es y como es.

La actividad notarial no lo manipula ni altera.

El Acta es copia del natural y el hecho queda desnudo; sin que el Acta le vista y agregue nada.

El Acta únicamente es un medio de prueba; a lo sumo su eficacia es un efecto reflejo del orden jurídico: Requerimiento de pago, mora, denuncia de contrato, certificaciones, fe de hechos y otras.

En la Escritura el acto es más complejo: Una convención o contrato, un negocio jurídico, una declaración de voluntad; esencialmente una prestación de consentimiento. En este caso el acto patente, en su elemental

substancia, consiste en una presencia de las partes ante el Notario y en una cierta actividad de esas mismas partes; entregas de dinero, documentos, declaraciones de voluntad, etc. Y de modo especial y expreso, la prestación del consentimiento después de la lectura y el enterado de los otorgantes.

Más a su vez el Notario ha de desempeñar un papel activo en su cumplimiento de su deber legal de redactor del acto o contrato conforme a la Ley de fondo y en la voluntad de las partes.

Por ejemplo en tratándose de una compraventa el Notario ha de agregar al nudo hecho las estructuras jurídicas indispensables; o sea el esquema legal del acto o contrato y cuidar de que cumpla las formalidades señaladas por la Ley.

Hay que distinguir entre: a) El consentir y lo consentido, o sea el hecho y el resultado; b) La existencia y la validez del contrato; c) Unidad de tiempo y unidad de consentimiento.

a) El Hecho.- El consentir es un hecho que se produce ante Notario, que el Notario inquiriere, recoge y narra según las normas de su legislación especial.

El resultado.- Lo consentido es un texto documental que contiene un estatuto de normas, unas directamente creadas por el consentimiento individual (normas negociables, derechos subjetivos, disposiciones testamentarias, etc).

Y otras, aceptadas explícita o implícitamente por las partes: Normas legales supletorias. Este estatuto no pertenece al mundo de los hechos, sino a la esfera del derecho, y constituye un ámbito de eficacia del instrumento público (presunciones de legalidad), distinto de la fe pública (20).

- b) Existencia y Validez.- La proyección de consentir sobre lo consentido origina un problema de suficiencia. El hecho de la existencia del consentir, a veces no es bastante en cantidad o calidad para dotar de plena eficacia a lo consentido, lo que quiere decir que al lado del consentir como hecho hay una valoración legal de ese hecho en vista de lo consentido.

El consentimiento además de existir, ha de ser apto para la eficacia legal de lo consentido; esto es ha de ser válido.

Positivamente, los conceptos son existencia y validez; y negativamente, inexistencia y nulidad (absoluta o relativa).

Existencia e inexistencia pertenecen a la esfera de los hechos; validez y nulidad a la esfera de valores sobre los hechos, a la calificación de esos hechos, al ámbito del derecho. De ahí que el consentimiento pueda ser analizado desde el lado del Notario y desde el lado de las partes.

Desde el lado del Notario la legislación notarial lo contempla como actividad del Notario, como hecho patente, en su plena objetividad, perceptible univocamente por el Notario que lo interviene y lo recibe y lo narra en su texto documental. Desde el lado de las partes, a la inversa, el consentimiento gravita principalmente sobre el derecho substantivo y no sobre la legislación notarial; se orienta hacia la capacidad civil del otorgante y hacia la capacidad natural, y tiene por preocupación no el hecho de la existencia del consentimiento, sino su cualificación y validez.

El consentimiento ha de reunir las cualidades que al efecto señale nuestro actual Código Civil, para el acto o contrato de que se trate, y ante todo, la sinceridad del consentimiento.

- c) Unidad de tiempo y Unidad de consentimiento.- El acta se refiere a un hecho visto y oído por el Notario; esto es, percibido por sus sentidos en un lugar y tiempo determinados. La exactitud e integridad documental se refieren a una fracción de tiempo y únicamente a ella. El hecho puede ser más extenso en el tiempo o en el espacio, y en rebasar la narración.

El resto de realidad no narrado en el texto documental no deja de existir y acaso ser eficaz, sin que contradiga la fe pública del acta, pues la integridad documental en esta clase de Instrumentos Públicos es limitada.

De ahí que la Ley acuda a remediarlo anotando la realidad misma que ha de ser eficaz, mediante el mecanismo de la unidad de acto, propio de las formas verbales, de los actos solemnes, respecto de los cuales el documento es un hecho posterior y probatorio.

En la Escritura, por el contrario, exige el principio de cobertura por el consentimiento.

El consentimiento como hecho recae y se limita al texto documental consentido en y por el otorgamiento.

El resto de realidad no narrado no ha sido consentido, y su omisión sinónimo de inexistencia.

b) Valor del Contenido del Documento.

El contenido del documento público se presenta con características opuestas al del documento privado puesto que en éste último su contenido queda íntegramente a la libre apreciación del Juez.

No está valorado por la Ley. Tampoco lo valora el Juez. El Juez lo aprecia en conciencia o según las reglas de la sana crítica.

8. NIVELES DE ACTUACION PROFESIONAL:

- A) LA INFORMACION
- B) EL ASESORAMIENTO
- C) LA ESPECIAL ASISTENCIA

La actividad profesional del Notario presenta una serie de momentos típicos, que pueden ser aislados para su estudio, sin perjuicio de que en la práctica resulte insensible el paso de unos y otros; a los fines que ahora nos ocupan adquieren especial interés la información, el asesoramiento y el consejo, y la asistencia.

A) LA INFORMACION

A cargo del Notario alcanza en ocasiones niveles primarios, gramaticales, y jurídicos; hay comparecientes que necesitan aclaración, incluso respecto de las expresiones técnicas más usuales, o de las palabras y construcciones que exceden de un lenguaje coloquial limitado; también los hay que precisan explicaciones sobre los más elementales trámites de índole fiscal y registral posteriores al otorgamiento de la Escritura.

En el extremo contrario, se encuentra el otorgante experimentando.

Hay pues siempre deber de información a cargo del Notario; el Notario tiene que aclarar a las partes el alcance y todas las consecuencias jurídicas (21), de la actividad comercial que desenvuelven (22); tiene que darles a los otorgantes según Kralik (23), las informaciones, aclaraciones y advertencias necesarias para que comprendan el sentido, así como los efectos y consecuencias del negocio, y se den cuenta de los riesgos que corren al celebrarlo, debe cerciorarse de que los otorgantes hayan comprendido el sentido y contenido del mismo.

Pero este deber, en su aplicación, está, dotado de una gran relatividad, puesto que a nadie se le tiene que informar lo que ya sabe; de manera que

el Notario sin faltar a la imparcialidad tendrá muchas veces que insistir en sus formaciones respecto de la parte inexperta o ignorante.

B) EL ASESORAMIENTO

Y el consejo se toman frecuentemente como sinónimos, aunque pueden, evidentemente, ser distinguidos.

El asesoramiento es más frío que el consejo según Roan Y Camara (24).

El consejo trata de comprometerse a la decisión de las partes.

El asesoramiento parece tener un gran fondo técnico.

El consejo, sin despreciar a aquél, tiene una extraordinaria carga vital y humana.

Por eso el asesoramiento del Notario es sobre asuntos con fondo jurídico técnico; en cambio el consejo puede tener este fondo o el más variado contenido. El asesoramiento lo solicitan las partes al Notario; el consejo al Notario y al hombre que está detrás de él.

Este fondo y estos aspectos éticos, en general metajurídicos de la actividad profesional del Notario, han sido reiteradamente puestos de relieve; pero es evidente que el Notario debe huir de toda oficiosidad, no dando consejo a quien no lo pide, ni lo quiere, ni lo necesita, que tampoco él está obligado a dar consejos de tal

índole, aunque se le pidan; no puede existir aquí tampoco, en consecuencia, igualdad de trato con las partes.

Muy distinto es el asesoramiento legal y dentro de ciertos límites, el consejo de contenido técnico jurídico; pero recordemos la diversidad que presentan los clientes, también en sus conocimientos jurídicos, en su experiencia de negocios como el que va a ser sometido a autorización o en los medios con que cuentan para obtener otros asesoramientos.

No cabe la menor duda de que el Notario tiene que actuar con una gran eficacia en el cumplimiento de su deber de asesoramiento y de consejo sin caer en la parcialidad en favor de alguna de las partes.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO II

- (1) GABINO FRAGA "DERECHO ADMINISTRATIVO". PAG. 20
- (2) LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- (3) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- (4) LEY DE PROFESIONES. ART. 2º.
- (5) DE PINA RAFAEL, "DICCIONARIO DE DERECHO". PAG. 271. EDITORIAL PORRUA.
- (6) ARNAU GIMENEZ ENRIQUE "INTRODUCCION AL DERECHO NOTARIAL". PAG. 23. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, MADRID, ESPAÑA. 1944.
- (7) SANAHUJA Y SOLER JOSE MARIA "TRATADO DE DERECHO NOTARIAL" TOMO 2, PAG. 57. EDITORIAL BOSCH, BARCELONA, ESPAÑA 1945.
- (8) CITADO POR BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN. OB. CIT. PAG. 115.
- (9) FERNANDEZ CASADO MIGUEL "TRATADO DE NOTARIA" TOMO I, TITULO I, Nº 345, MADRID, ESPAÑA 1985.
- (10) GONZALEZ CARLOS EMIRITO "TEORIA GENERAL DEL INSTRUMENTO PUBLICO" EDITORIAL EDIAR S.A. BUENOS AIRES, ARGENTINA. PAG. 53. 1953.
- (11) PORRUA PEREZ FRANCISCO "TEORIA DEL ESTADO" PAG. 92. EDITORIAL PORRUA S.A. MEXICO 1980.
- (12) OB. CIT. TOMO II. VOL. 1. PAG. 116.
- (13) NUÑEZ LAGOS RAFAEL "ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL" TOMO I. PAG. 492, MADRID, ESPAÑA 1986, ED. ARTES GRAFICAS SOLER.

- (14) RODRIGUEZ ADRADOS ANTONIO, ROJAS MONTES LUIS, SOLIS VILLA IGNACIO, "NECESIDAD SOCIAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL REDACTOR DEL CONTRATO" 1982. EDITORIAL FEDERICO DOMENECH, S.A.
- (15) GONZALEZ PALOMINO JOSE "INSTITUCIONES DE DERECHO NOTARIAL" TOMO I, PAG. 530 Y GIMENEZ ARNAU ENRIQUE "DERECHO NOTARIAL" PAG. 882.
- (16) AVILA ALVAREZ PEDRO "LA REDACCION JURIDICA" NORMALIZACION Y PERFECCIONAMIENTO DE LAS CLAUSULAS. PAG. 253.
- (17) CARNELUTTI.
- (18) GUILLIANI ANDREA "NOTARIO CONSIGLIERE DELLE PARTI". PAG.165.
- (19) GUILLIANI ANDREA "POSTILLA". PAG. 939.
- (20) NUÑEZ LAGOS RAFAEL "DECISIONES DE VOLUNTAD". PAG. 30. MADRID, ESPAÑA, ED. ARTES GRAFICAS SOLER.
- (21) LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- (22) BARALIS "ATTO PUBBLICO E CONTRATAZIONE SEMPLIFICATA". PAG. 696.
- (23) KRALIK WINFREND "EL DEBER DE INFORMAR DEL NOTARIO". PAG.11.
- (24) ROAN MARTINEZ JOSE Y CAMARA ALVAREZ MANUEL DE LA "LA FORMACION Y SELECCION DEL NOTARIO" SEPTIMAS JORNADAS NOTARIALES SANTIAGO DE COMPOSTELA 1968. PAG. 343.

CAPITULO III IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO

I.- EL DEBER DE IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO.

A.- ORIGEN DEL PROBLEMA:

Se puede definir la imparcialidad, en el caso especial del notario, como la actuación correspondiente a una actitud psicológica que no toma partido, por ninguna razón, en los conflictos de intereses dentro de cuyo ámbito ha de desenvolver su actuación profesional. Así configurando la imparcialidad, el primer problema que se plantea es el de si realmente en el terreno de los principios de ética profesional, debe existir o no un deber de imparcialidad del notario. Yo opino que es indudable que el notario no puede, sin desvirtuar

su función, tratar de favorecer a una de las partes en detrimento de la otra o de un tercero por razones de amistad, simpatía, clientela, etc. Así configurando a primera vista el deber de imparcialidad, también créo evidente que su fundamento no se halla en el carácter de profesional y sin embargo no tiene deber alguno de imparcialidad, es más, tiene un evidente deber de parcialidad. Esto nos indica que la imparcialidad no es un deber absoluto, sino relativo. Son, por ejemplo, deberes absolutos, a los que nadie puede faltar, la veracidad o la justicia. Los deberes relativos, por el contrario, dependen de la finalidad o características de la función que cada cual desempeña. El Abogado en ejercicio no tiene en principio por que ser imparcial. Sólo habrá de serlo si ambas partes conjuntamente acuden a él para consultarle o resolver un problema, sin

contienda judicial. En los demás casos, presupuestos siempre su convicción sobre la justicia de la posición de su cliente y la licitud de los medios empleados, ha de utilizar todos los que estén a su alcance para conseguir el triunfo de los intereses de aquél. Es preciso mencionar que el Abogado o Licenciado en Derecho que omita algo que pueda favorecer a su cliente o que ayude en cualquier aspecto a la parte contraria en detrimento de aquél, aunque lo haga sólo por un exceso de escrupulosidad, falta a sus deberes profesionales.

Por el contrario, el notario ha de atender por igual a los intereses de las distintas partes en juego. Ello se deriva a mi juicio de las siguientes consideraciones:

1.- El Notario es un funcionario público, y la función pública ha de ser prestada a todos en igualdad de condiciones.

2.- La función notarial se halla organizada de forma que un solo notario atienda a todos los concurrentes. Este notario único ha de procurar, pues, que su actuación tenga en cuenta en igual medida los intereses y voluntades de todos.

3.- Por su propia esencia, la función del notario no es decisoria de conflictos, sino armonizadora. Ello conduce a que esa igualdad de atención a todas las partes no se traduzca simplemente en asegurar a todas ellas las garantías necesarias en el desarrollo de su actuación,

sino en definitiva en no pretender el notario resolver por sí los posibles conflictos de intereses dando la razón a una de las partes y orientando su actuación hacia el triunfo de ésta sobre la otra.

No obstante, aunque la raíz última del deber de imparcialidad esté a mi juicio en la cualidad de funcionario, es tan íntima la unión en el notario de sus caracteres de funcionario y de profesional que tal deber se extiende en principio a los dos aspectos.

Ello se debe en primer término a que la labor del notario como profesional suele ir orientada en definitiva hacia la autorización instrumental, y resulta difícil y poco aconsejable en general prescindir de la imparcialidad en unas fases de proceso total y exigirla en otras. Pero la razón fundamental radica

en que la conceptualización social del notario, partiendo de la especial modalidad de su actuación como funcionario, lo considera como un asesor imparcial, y esta conceptualización engendra una confianza que no se puede defraudar, no sólo por la falta de tipo ético que ello supondría en el caso concreto, sino por la importancia de la función.

Pero así como el deber de imparcialidad en la actuación del notario como funcionario es ineludible y no admite excepciones, las especiales razones que abonan su imparcialidad en su actuación como profesional nos conducen a un criterio de mayor flexibilidad.

B.- FUNDAMENTACION LEGAL:

El ordenamiento legal sólo ha sancionado el deber de imparcialidad del notario en una medida muy limitada. De una parte, todos aquellos preceptos que tienden a garantizar la autenticidad del documento, evitar las falsedades, la libertad y deliberación en la formación de la voluntad de los otorgantes o el conocimiento por éstos de todas las circunstancias y consecuencias del acto, y en general de la aplicación de la Ley y el respeto a los derechos de partes y terceros, sirven también en último término para asegurar la imparcialidad aunque no sea éste su fin primordial. No cabe duda de que formalidades tales como la lectura íntegra del documento, las reservas y advertencias legales, la presencia de testigos cuando ello es necesario, el cumplimiento de los

requisitos reglamentarios, etc., cortan en cierta medida una eventual intención del notario de favorecer subrepticamente a una de las partes en perjuicio de la otra. Pero también es evidente que el deber de imparcialidad no se agota en el cumplimiento de tales formalidades, ni ha de entenderse satisfecho por el mero hecho de observarlas. Es posible leer detenidamente un instrumento a una persona poco culta con la plena seguridad de que no ha de enterarse del significado de ciertas cláusulas hábilmente redactadas o en que se empleen términos técnicos, y también, y éste es lo más grave, con la seguridad de que firmará el documento con la confianza de que, aunque no entienda todo lo que en él se dice, por el simple hecho de haber sido redactado por un notario le asegura frente a cualquier clase de engaño o perjuicio. Y asimismo es posible que,

hechas todas las reservas y advertencias que marquen taxativamente las leyes, se queden sin hacer otras de mayor trascendencia para una de las partes en el caso concreto.

C.- CARACTERIZACION DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD.

Antes de entrar en el problema fundamental que nos plantea el deber de imparcialidad del notario, que es el de su alcance y significado, parece conveniente situarlo dentro del ámbito del deber general de imparcialidad que se ha de entender que tiene todo funcionario público.

A tal efecto, es preciso distinguir dos tipos de funcionarios:

Aquellos que prestan directamente sus servicios a la Administración Pública, y aquellos que ejercen funciones consideradas públicas por la ley, pero con autonomía en su desempeño, y que sólo se encuadran en la Administración, de manera más o menos plena, en su organización corporativa. Es evidente que el notario se halla incluido en este segundo grupo, e incluso dentro de él su nexo corporativo con la Administración Pública es relativamente débil.

En los funcionarios del primer grupo, el deber de imparcialidad suele estar sustituido por el de sujeción a la Ley. Pero en todo caso su vinculación a la Administración no permite un amplio desarrollo del deber de imparcialidad, por lo que su actuación ha de estar sometida al control de unos órganos ajenos a la administración, como son los

Tribunales de los Contencioso
Administrativos, en el ámbito litigioso,
y el propio Notario en el ámbito
documental.

Entre los funcionarios del segundo grupo se pueden situar, además de los notarios, a los Registradores de la Propiedad y a los Jueces. En los primeros, el deber de imparcialidad está muy atenuado porque las relaciones jurídicas llegan a ellos plenamente consolidadas y su función se limita a comprobar su legalidad, sin influir en el contenido de las relaciones. En cuanto a los Jueces, es evidente que están sujetos en muy amplia medida al deber que nos ocupa, si bien con características bastante diferentes a las del notario. En primer lugar, el notario no ostenta facultades decisorias de conflictos de intereses, y este es,

según hemos visto, uno de los fundamentos de su deber de imparcialidad. El Juez, por el contrario, tiene como misión esencial la de dirimir esos conflictos en fase litigiosa. De aquí que su imparcialidad no pueda consistir en no tomar partido, sino en tomarlo atendiendo sólo a los elementos de juicio que la ley considera relevantes. Ahora bien, el Juez no puede tomar partido hasta un momento determinado del proceso. Hasta entonces su imparcialidad ha de consistir en una absoluta abstención en cuanto a toda decisión de fondo. Aunque desde el principio del proceso tenga formada una opinión sobre el fallo que ha de adoptar, no puede dejarse influir por ella en lo más mínimo en su actuación a lo largo del proceso. No obstante, también en esta fase anterior a la decisión hay fuertes diferencias con la imparcialidad notarial.

El notario, ha de tratar en todo momento de penetrar hasta el fondo del asunto y a dar a conocer a las partes la verdad de las situaciones evitando así todo posible engaño o abuso. Es decir, el Juez se ha de atener en el proceso a principios puramente formales, y al final del mismo ha de decidir el conflicto de intereses. El notario carece de todo obstáculo formal de procedimiento y ha de atender al fondo y a la verdad de las cosas, pero no tiene facultades decisorias.

En todo caso, frente a todos los demás funcionarios, la posición del notario es única por su estrecho contacto con las personas, por su penetración a fondo en la formación de las relaciones jurídicas y por la necesidad de hacer compatible su más estricta imparcialidad con el servicio a las aspiraciones y deseos lícitos de los particulares.

De todo lo anteriormente expuesto, se puede deducir que hay dos posibles concepciones del deber de imparcialidad: Una muy estricta que lo circunscribe a evitar la influencia de motivaciones en sí inadecuadas por ejemplo, relación de clientela, amistad, simpatía, parentesco, etc., y otra muy amplia que hace consistir la imparcialidad en la abstención de toda toma de partido por parte del notario en las cuestiones de fondo planteadas ante él. En realidad, se trata de dos opuestas concepciones de lo que debe ser un notario, tal contraposición, consecuencia muchas veces de factores temperamentales, excede sin duda del ámbito del deber de imparcialidad que aquí nos ocupa. Pero es preciso recogerla para fijar de una manera clara el alcance de tal deber.

Según la primera de dichas concepciones, el notario debe hacer algo más que asesorar a las partes y recoger fielmente su voluntad o sus manifestaciones, debe además buscar para los problemas que ante él se planteen las soluciones que estime más justas y convenientes, y tratar, por todos los medios lícitos de su alcance, de conseguir que prevalezca.

Es cierto que no puede obligar a los interesados a realizar sus actos en forma distinta a la que ellos en definitiva decidan, porque carece de autoridad coactiva, pero en caso de que los otorgantes insistan en actos que, aunque jurídicamente lícitos, él juzgue lesivos para alguno de ellos o que puedan conducir a situaciones que no encajen en su concepto de lo justo, debe denegar su intervención. Por ello, el notario se convierte en cierto modo en Juez de las

relaciones jurídicas de los particulares en el momento de su nacimiento. En este caso, se trataría de un Juez que aplicaría no sólo las normas jurídicas en su letra y en su espíritu, sino sus propias concepciones sobre lo justo y lo injusto en el campo de la normación de relaciones derivadas de la autonomía privada.

Según la segunda de las concepciones apuntadas, el notario, a la hora de las decisiones, ha de adoptar una actitud fundamentalmente pasiva. El debe asesorar a las partes, explicarles las situaciones existentes, advertirles las consecuencias posibles, probables o ciertas de los actos que pretendan realizar, aconsejarles lo que estime más justo o más adecuado a sus fines y a sus intereses, pero una vez hecho ésto, ha de respetar plenamente la voluntad que en

definitiva formen los interesados, y limitarse a recogerla fielmente y con la formulación técnica más acorde con su espíritu. Y sólo podrá negarse a la autorización del documento cuando la solución adoptada infrinja la Ley, la moral o las buenas costumbres, objetivamente entendidos tales conceptos. De tal forma, la función notarial queda netamente contrapuesta a la del Juez, el notario nunca decide acerca de la conducta ajena, tampoco juzga dicha conducta, en un sentido estricto, y si opina sobre ella, es sólo en el terreno del asesoramiento, nunca en el de su actividad redactora y autorizante, en el cual su papel es de actuante pues no dicta sentencia, ni dilucida controversia ni condena al cumplimiento de reparación del daño.

Es evidente que entre tales posiciones extremas caben muchos matices, y que en la práctica han de influir, no sólo los factores temperamentales a que antes aludía, sino también las circunstancias del caso concreto. Una de las posiciones intermedias que ofrece especial interés es la que trata de distinguir, a efectos de la posición del notario, entre escrituras y actas. En materia de escrituras, habría de prevalecer la primera de las concepciones establecidas, y por el contrario, en materia de actas, por tratarse de supuestos litigiosos o prelitigiosos, en los que en definitiva será el Juez quien resuelva, el notario ha de observar una posición estrictamente neutral y pasiva. Resulta efectivamente indudable la diferente posición que el notario ha de adoptar en uno y otro campo de su actividad. No obstante, la posición del notario en materia de actas,

no responde exactamente a mi juicio a ninguna de las dos concepciones antes expuestas. Desde mi punto de vista el problema se centra en las escrituras o, mejor aún en una visión general de la función notarial, ya que las actas ocupan una posición en cierto modo marginal dentro de tal función.

Para tratar de resolver el problema, créo que conviene centrarlo en dos puntos básicos: la actitud del notario respecto a la voluntad de los interesados, y sus posibilidades de apreciación de la justicia del caso concreto.

PRIMERO.- Se ha dicho que la única decisión que no sólo puede sino que debe tomar el notario es la de si debe o no autorizar el documento. E insistiendo en la misma idea, algunos autores sostienen que el notario se limita a regir su

conducta propia. Si la ajena no se ajusta a la Ley, el notario no aplica el derecho para regir la conducta de los demás, sino que, rigiendo la propia, se abstiene de prestar su intervención mientras la conducta ajena no se ajusta a la norma. Es su único acto de voluntad como notario: aceptar o no el requerimiento de prestación de funciones. Estas ideas responden a una concepción de total abstención del notario respecto a la conducta y los actos de voluntad de los particulares, que a mi juicio constituye una de las más claras y nobles escencias de la función notarial. Es una posición de abstención perfectamente compatible con la explicación, la advertencia y el consejo, pero totalmente incompatible con la imposición y aún con la simple influencia. La actividad del notario ha de tender a que los interesados, con pleno conocimiento de

las situaciones y de las consecuencias de sus actos, con libre y meditada voluntad, y en la mayor igualdad posible de condiciones psicológicas, decidan las soluciones que estimen más ajustadas a sus fines e intereses. Y una vez tomada la decisión por el interesado, el notario ha de recogerla y compenetrarse de su espíritu y ser absolutamente fiel al mismo en toda su actividad redactora y autorizante, aunque disienta en su interior de la conveniencia de aquella decisión.

Esta posición del notario se halla latente a mi juicio en toda la regulación legal y reglamentaria de la función notarial. Pero además es la que en mi opinión responde al papel que desempeña el notario dentro del cuadro de fuerzas de la sociedad actual. En toda sociedad hay una evidente tensión entre libertad y

justicia, se trata de dos valores, no estrictamente antagónicos y contradictorios, pero sí de significado complementario, en el sentido de que una mayor libertad puede perjudicar el dominio de lo justo en las relaciones entre las partes y el deseo de imponer una estricta justicia se habrá de realizar normalmente a costa de restringir en algo la libertad personal.

SEGUNDO.- El respeto a la voluntad libre y deliberada de los particulares trae como consecuencia ineludible la abstención del notario en toda apreciación de la justicia del caso. Es natural, sin duda, que el notario forme su opinión acerca de la justicia, e incluso que la comunique a los interesados. Pero lo que interesa aquí destacar es que, aún al margen de todo intento de imposición de su criterio a

las partes, el Notario solo debe hacer un uso muy discreto de tales opiniones, es decir, no debe a mi juicio por lo general adquirir una convicción muy fuerte acerca de la justicia del caso ni prejuzgar en su interior con plena seguridad cual es la posición justa. Ello es así desde mi punto de vista por las siguientes razones:

PRIMERA: La falta en el Notario de un hábito mental de juzgar. Creo que la función habitual de una persona imprime en su mente unas directrices que le hacen adoptar ante cualquier problema un determinado punto de vista y, aún sin incapacitarla para adoptar otro diferente, si lo dificultan hasta el punto de que no pueda tener una plena seguridad en él. En el campo jurídico creo que hay fundamentalmente tres posibles posturas mentales: la del

Licenciado en Derecho Postulante o Litigante, que tiene una visión unilateral de los problemas, colocándose en la posición de una de las partes y contemplándolo todo desde ese ángulo, lo cual le inhabilita en cierto modo para comprender la posición de la parte contraria. La del Juez, que se sitúa en un plano superior al de las partes, y, considerando por igual las posiciones de ambas, decide según las normas jurídicas y procesales aplicables dando la razón a una o a la otra, o parcialmente a ambas, e imponiendo su juicio con pretensión de coactividad; y finalmente la del notario, que situando también por encima de las partes y comprendiendo la posición de ambas, no está, sin embargo, llamado a decidir, sino a armonizar, y a recoger fielmente en un documento el momento de unión de ambas posiciones si es que se produce. Y así, aunque en cierto modo

el notario haya de buscar también el camino de lo justo para lograr la armonización, la justicia que él proponga queda subordinada a su aceptación por las partes, por lo que antes habrá de procurar por lo general la transacción que impone una concepción absoluta de lo justo. En esto hay una contraposición esencial con la función del juez: Cuando hay una persona competente para decidir lo justo, pierden toda relevancia las opiniones de los demás acerca de este punto, pero cuando no existe tal persona, la transacción no supone un detrimento de la justicia, sino el resultado normal de la contraposición de pretensiones, ninguna de las cuales tiene autoridad suficiente para imponer su propia concepción de la justicia. Esta diferencia entre la justicia como imposición y la justicia como simple orientación subordinada a las

posibilidades de transacción representa la diferente posición mental de Juez y de notario, que créan hábito en uno y otro. Y por ello el notario no puede moverse con seguridad en el terreno de las apreciaciones de justicia con pretensión de imperatividad, como él no es competente para decidir lo justo, ha de acostumbrarse a no desechar las ajenas apreciaciones de la justicia, pues su propia apreciación en último término sólo tendrá la autoridad que voluntariamente le reconozcan los demás, y, por consiguiente, no pasará en principio de ser simple orientación. Y si se habitúa a esta postura, modesta, pero eficaz, no debe intentar adoptar la otra porque ello le desfiguraría su hábito, necesario para el fiel cumplimiento de su misión.

SEGUNDA: Como la Ley no atribuye al notario la facultad de decidir en la justicia, no rodea su función de las garantías y los trámites que en el propio sistema legal son presupuesto necesario de tal decisión.

Las garantías que la Ley impone a la función notarial están dirigidas a proteger la verdad, no a proteger la justicia. Por ello, el notario no dispondrá muchas veces de los suficientes elementos de juicio para fundar con seguridad y objetividad una apreciación de la justicia del caso. Ni ante él se han de presentar pruebas, ni aunque se presenten están rodeadas de las garantías del procedimiento probatorio procesal, ni los mismos alegatos de los interesados se han de producir en las condiciones que dentro del proceso aseguran su publicidad para la otra parte, la

igualdad de oportunidades de ambas y sus posibilidades de asesoramiento y preparación.

Creo que con las ideas expuestas queda definida mi postura respecto de un aspecto esencial de la función notarial.

En el terreno del deber de imparcialidad hay varias consecuencias derivadas de la tesis general definida:

A.- El deber de imparcialidad obliga al notario a no favorecer en su actuación profesional a una de las partes en detrimento de la otra, e incluso de un tercero en determinadas circunstancias, y ello no solo cuando la conducta del notario se inspire en motivaciones ajenas al fondo del asunto sino también cuando derive de sus apreciaciones sobre lo que es justo o conveniente en el caso

concreto, sin perjuicio de sus deberes de asesoramiento e información, e incluso de denegación de la prestación de funciones si se trata de infringir las leyes, la moral o las buenas costumbres.

B.- Si se obliga, por el contrario, a procurar que las determinaciones de voluntad sean adoptadas por todos los interesados en iguales condiciones de libertad, deliberación y conocimiento de circunstancias y consecuencias. Debe, pues, fomentar una igualdad no formal sino substancial, y en su caso volcar sus esfuerzos de asesoramiento a su defensa de la libertad de decisión frente a toda posible coacción a favor de aquella parte respecto de la que toma que tales aspectos del proceso negocial puedan quedar más debilitados.

C.- El mejor auxiliar del notario en toda esta labor ha de ser el más absoluto respeto a la verdad, a cuyo servicio está primordialmente. Como antes mencioné, las garantías que la ley establece para la función notarial tienden substancialmente a salvaguardar la verdad antes que cualquier otro valor.

Según González Palomino, el delito profesional del notario es la falsedad o sea un atentado contra la verdad, así como el del Juez es la prevaricación es decir un atentado contra la justicia. La defensa de la verdad tiene una doble vertiente: decir a todas las partes la verdad completa sobre los actos que proyectan realizar así como sus posibles consecuencias, y recoger en el documento la verdad de lo que los otorgantes quieren y de lo que ante los notarios ocurra, con estricta fidelidad a su espíritu y finalidades.

II.- MANIFESTACIONES DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD
DEL NOTARIO.

A.- EL DEBER DE IMPARCIALIDAD EN LAS
RELACIONES ENTRE LAS PARTES DE UN ACTO
DETERMINADO.

1.- En los tratos preliminares. Considero como tratos preliminares la formación de la voluntad empírica de los otorgantes, aún no estructurada jurídicamente, y, en los actos no unilaterales, la formación del acuerdo de voluntades en el mismo terreno empírico. Creo que la intervención del notario es muy diferente en tal aspecto en los actos unilaterales y en los plurilaterales; en los primeros, la intervención del notario en la base de formación de la voluntad suele ser más intensa, sobre todo en los testamentos. Pero en ellos, por su propia esencia, no

se da un problema entre las partes y por ello no cabe hablar en tal aspecto de imparcialidad. En los actos plurilaterales, lo normal es que las partes lleguen ya a la notaría con su acuerdo empírico formado y que el notario no intervenga en la fase previa. Hay, sin embargo, excepciones que pueden suscitar problemas:

A.- En ciertas ocasiones se pretende que el notario actúe en defensa de los intereses de una persona determinada en las discusiones que preceden a la formación del acuerdo de voluntades. Se trata en especial de personas respecto de las cuales el notario tiene una particular relación de parentesco o amistad o bien que buscan su experiencia y su lealtad con preferencia a la intervención de un profesional de otro tipo.

Hay ocasiones, no obstante, en que es inevitable hacerse cargo de ciertos asuntos, bien por su conexión con otros asuntos estrictamente profesionales, ya sea por temor al de amparo de personas que no puedan buscar otra ayuda, o por otras circunstancias especiales. Y no cabe olvidar los supuestos en que el notario actúa no como tal, sino por razón de un cargo extraprofesional, como por ejemplo el de el albacáa. Claro está que en estos últimos casos la intervección del notario resulta de manera evidente tan ajena a su profesión como cuando actúa en defensa de intereses propios. Pero pueden plantearse problemas asimilables a los que trato de analizar aquí. Tales problemas se suscitan por el hecho de que la otra parte suele sentir tal confianza en

la habitual imparcialidad del notario que trata con él, no como un defensor de la parte contraria sino como un mediador o árbitro ajeno a ambas. Es indudable que la primera condición que ha de cumplir el notario para aceptar tales encargos es la de dar a conocer a la otra parte el especial carácter de su intervención y advertirla de la conveniencia de que busque a su vez un profesional que la defienda y asesore. En caso de que así lo haga la otra parte, la misión del notario se facilita enormemente. En caso contrario, créo que su labor ha de ser extraordinariamente escrupulosa, para evitar tanto que la confianza de la otra parte en el notario desprestigie a éste en cuanto a tal si en definitiva hace triunfar los intereses de su defendido, como que el temor a un abuso de dicha

confianza le haga sacrificar tales intereses. El dilema es siempre que el notario para cumplir, su encargo, ha de olvidarse de actuar como tal, y al mismo tiempo que la otra parte no podrá olvidar muchas veces que es un notario quien interviene. Pienso yo que en estos casos tanto el tacto como la prudencia es lo más aconsejable.

Las dificultades se acentúan cuando como consecuencia de los tratos preliminares se ha de extender un documento privado, y queda al cuidado del Notario el redactarlo.

B.- No es raro que, llegadas ambas partes a la notaría con un acuerdo de voluntades previo entre ellos, al tratar éste de penetrar al fondo del asunto y de explicar todas las

consecuencias del negocio proyectado, surja el desacuerdo sobre puntos accidentales no previstos, o incluso sobre la esencia misma del acto, ahora contemplado bajo otro punto de vista. Cabe entonces por parte del Notario la solución de remitir a las partes a un nuevo acuerdo, que habrán de lograr por sí mismas, o con la ayuda de sus respectivos asesores particulares. Pero hay otros casos en que el Notario se sienta inclinado, bien por iniciativa propia o a petición de los propios interesados, a tratar de renacer el acuerdo malogrado, hay que tomar en cuenta las circunstancias del caso para que la solución que se adopte sea la idónea.

Llegado tal caso, el Notario debe de mostrarse extremadamente prudente, puesto que, en primer lugar, nunca debe de forzar un acuerdo, es preferible, en su caso dejar que se malogre un negocio a lograr que nazca en condiciones tales que sea de prever un fracaso en su desarrollo y ejecución, o bien de forma tal, que alguna de las partes resulte perjudicada o dé su consentimiento sin estar lo suficientemente convencida como para otorgarlo. Y mucho peor será aún que los interesados sospechen que el Notario trata de lograr el acuerdo movido sólo por su interés en autorizar el documento.

En segundo lugar, creo que el Notario debe procurar en primer término que

los interesados logren el acuerdo por sí mismos, ayudándoles solo con las indicaciones técnico jurídicas que aquél juzgue precisas. En todo caso, el dejarles hablar ampliamente sin intervenir hasta el momento en que se comprenda que tal intervención es necesaria, servirá al Notario para penetrarse concienzudamente de todos los detalles del conflicto, y asimilar a fondo la posición y pretensiones de cada parte. Entonces debe procurar ir despejando el camino de obstáculos, eliminando aquellas intransigencias, tan frecuentes, que solo son producto del amor propio, del mal entendimiento o del apasionamiento, pero que no responden a intereses reales y razonables. Por lo general, con este procedimiento se llegará a un acercamiento mucho mayor del que se pudiera prever en un

principio. Finalmente, el Notario deberá emitir su opinión sobre el fondo del asunto, no solo teniendo en cuenta sus propias convicciones sobre la justicia del caso, sino también las de las partes, y buscando antes una aproximación de las posiciones de éstas, fácilmente convincente para ambas, que el triunfo de la posición propia, por justa que parezca. Finalmente, si la proposición del Notario no es aceptada, solo cabe a éste una transacción de tipo matemático, partiendo por un lugar adecuado la diferencia discutida si ello es posible y aceptado. En todo caso, deberá dar por terminada su intervención.

C.- A veces puede ser conveniente que el Notario fuerce un tanto la situación para vencer una resistencia no

razonable de una de las partes e incluso evitar un pleito. Supongamos, por ejemplo, que alguien se niega sin fundamento alguno a cancelar una hipoteca, la cual garantizaba el cumplimiento de una deuda previamente contraída, y, la cual ya fue satisfecha. Si se trata de un asunto en que el Notario está interviniendo con anterioridad y cuya solución le está encomendada, parece posible que sin faltar a su deber de imparcialidad, y sin llegar a adoptar posiciones totalmente coactivas, procure con cierta energía inclinar el ánimo del remiso a prestar su consentimiento, siempre que esté convencido de que no se le ha de seguir con ello ningún perjuicio injusto.

2.- En la estructura jurídica del acto y redacción del documento. En cuanto a la primera, se trata de una labor posterior al logro del acuerdo empírico de las partes, pero previa a la redacción propiamente dicha. Consiste en la selección de los instrumentos jurídicos más adecuados al logro de las finalidades prácticas perseguidas por los interesados. Tanto esta función como la de redacción son misiones propias del Notario en cuanto tal y en las cuales por consiguiente no cabe, como en los tratos preliminares, que actúe en defensa parcial de una de las partes. Se ha de mantener una estricta imparcialidad, para lo cual, en cada momento en que se haya de tomar una decisión, es preciso pesar con igual medida el interés de ambas partes y adoptar la solución que mejor se acomode a la conveniencia de todas ellas y al espíritu de sus acuerdos.

Conviene en todo caso que, salvo en cuestiones de extremo detalle o de comprensión inaccesible para el nivel intelectual de alguno de los interesados, sean estos consultados acerca de las posibles soluciones jurídicas a escoger cuando las consecuencias de una u otra sean diferentes, o al menos advertirles acerca del porqué de los medios jurídicos escogidos. El problema puede surgir fundamentalmente cuando existe un importante desnivel entre las condiciones psicológicas o intelectuales de una y otra parte bien por sí mismas o porque una esté asesorada y la otra no. Debe entonces el Notario procurar compensar tal desigualdad, y no ya poniéndose de parte del más débil en el sentido de ayudarle al triunfo de sus intereses, sino evitando que por su ignorancia, su inexperiencia o la debilidad de su voluntad contribuyan a que consienta en

un documento redactado con la mira puesta tan solo en los intereses del más fuerte o más hábil. Así, pues, si la que podemos llamar parte predominante trata de imponer la estructuración jurídica o la redacción del documento, debe el Notario explicar con toda calma a la otra parte el significado y alcance de cada solución contenida en ella, e incluso la posibilidad de adoptar otras soluciones más normales o más favorables a sus intereses no permitiendo que se trate de dar explicaciones falsas o intencionalmente confusas, como es muy frecuente en tales casos. Aquí el problema presenta matices muy acusados en determinados casos, uno de ellos es aquel en que la parte predominante es una gran empresa, la cual confecciona previamente un Contrato de Adhesión, el cual posteriormente ha de elevarse a escritura pública, y en el que el consentimiento de

la otra parte simplemente se tendrá que adherir a las pretensiones de la contraparte que se derivan de la previa existencia, muy frecuente, de un documento privado redactado y suscrito al margen de todo control notarial y que prejuzgue en determinados aspectos la solución jurídica de los problemas planteados en la escritura.

Pienso yo que para tener un adecuado enfoque de estos supuestos no cabe olvidar dos consideraciones a saber, en primer lugar, que la institución notarial ha de procurar dar cauce a las necesidades sociales de cada momento con suficiente agilidad y soltura, sin entorpecer con puritanismos anacrónicos la conveniente acomodación a las nuevas exigencias de ritmo y modalidades de contratación.

Lo contrario traería consigo de manera inevitable la desviación hacia otros cauces de la normal satisfacción de estas necesidades sociales, con la consiguiente pérdida para ese amplio campo de la vida jurídica de todas las garantías de experiencia, sabiduría, rectitud e imparcialidad que tiene acumuladas la mencionada institución. Y, la segunda consideración, pienso que debe referirse a la gran necesidad de hacer compatible, en la medida de lo posible, esa flexibilización de cauces con las esencias tradicionales de la función notarial, y de manera concreta, en lo que aquí nos afecta, con estricto cumplimiento del deber de imparcialidad, no debiendo olvidar que tal deber implica, no solamente una actitud abstracta tendiente a no favorecer a una de las partes, sino un escrupuloso cuidado en procurar que salgan a la luz y

a la conciencia de las mismas todos aquellos problemas y matices en que pueda ponerse de relieve la contradicción de intereses cuya solución es el terreno en que fundamentalmente ha de desenvolverse la imparcialidad del Notario.

Con estas ideas generales no será muy difícil al Notario escrupuloso, estar a la altura de que su misión pueda dar una orientación adecuada a la resolución de los problemas que le plantee la contratación de grandes empresas que tienda a plasmarse como contratación de adhesión. Es evidente que el Contrato de Adhesión es incompatible con la intervención notarial, la cual siempre ha de dar un amplio margen a las dos partes para hacer llegar al instrumento las peculiaridades de su voluntad en el caso concreto, aparte de que la lectura y asesoramiento notariales han de conseguir

hacer irrelevantes los problemas que la doctrina discute acerca de la validez del consentimiento y del fundamento de la obligatoriedad en tales contratos. Como remedios concretos para compatibilizar la agilidad con la imparcialidad en los distintos supuestos, podría sugerirse entre otros:

- a) Aprovechar precisamente la condición de cliente que tiene la gran empresa para influir en la redacción de sus formularios de escritura e, incluso, lo que tal vez es más importante, en la de sus formularios de documentos privados previos, eliminando de unos y otros las cláusulas leoninas, confusas o demasiado gravosas para la otra parte.

- b) Dar a esa otra parte las máximas facilidades para que vaya a su vez debidamente asesorada por un experto, o, incluso si es necesario, aconsejarle que lo haga.

- c) Permitir, o incluso, procurar, el examen previo del formulario o de la misma escritura por los interesados o sus asesores, al margen del acto del otorgamiento, lo cual evitará la impremeditación en la prestación del consentimiento y despejará dicho acto de posibles interrupciones e incidentes.

- d) Finalmente, en todo caso, explicar siempre personalmente al interesado los puntos esenciales de la escritura, en especial las cláusulas que impliquen para el particular obligaciones o que sean derogatorias

del Derecho positivo, y no rechazar por impertinentes las cuestiones suscitadas en el propio acto del otorgamiento, procurando resolverlas en el acto si es posible, o relegar en caso contrario la firma hasta que hayan quedado solucionadas en un momento ulterior.

Una adecuada organización de la Notaría hará por lo general compatibles estos cuidados con la máxima agilidad y rapidez en el despacho de los asuntos.

El otro supuesto en que la cuestión de la desigualdad entre las partes puede originar problemas de especiales matices a la imparcialidad del Notario es el de la contratación de entidades oficiales. En materia de contratación administrativa propiamente dicha la imparcialidad, aún

siendo de una extraordinaria importancia, no exige el dar reglas especiales, puesto que, estando las condiciones del contrato predeterminadas en el pliego correspondiente, que en la fase de intervención notarial no puede ser modificado, tal intervención se dirige fundamentalmente a controlar la identidad y capacidad de las partes y el cumplimiento de todos los requisitos legales, y, ello exige sin duda un cuidado escrupuloso y decisivo para la salvaguardia de los intereses de ambas partes, pero no permite desde mi punto de vista en este momento dictar reglas generales.

- 3.- En la autorización del documento. He de referirme aquí al conjunto de requisitos de índole formal que han de concurrir desde la lectura del instrumento hasta la firma del Notario, incluidos la unidad de

acto, la presencia de testigos en su caso, las reservas y advertencias legales, etc. Es evidente que un adecuado cumplimiento de todos estos requisitos supone una fuerte garantía de imparcialidad. Si tales formalidades han sido establecidas por la Ley para defender la libertad y conciencia en la emisión de las declaraciones de voluntad y para asegurar la veracidad y exactitud del instrumento público, no es necesario insistir en que cualquier infracción de las mismas puede provocar fácilmente un desequilibrio entre las partes en cuanto a tales extremos, puesto que puede afectar a una de ellas más que a la otra. Ahora bien, todos sabemos que hay supuestos en los que el Notario considera posible apartarse en cierta medida del rigorismo formal de la Ley o del Reglamento porque supone que en aquél caso concreto, y dadas sus

circunstancias, ello no implica peligro de perjuicio para ninguna de las partes.

- 4.- En las fases posteriores a la autorización. La imparcialidad del Notario debe mantenerse en todo el proceso de relaciones que el Notario haya de mantener con el instrumento a partir de la autorización. No es normal que en tales fases se planteen problemas que puedan afectar a la imparcialidad, no obstante, es concebible que en materia de expedición de copias o de conservación del instrumento se planteen tales cuestiones que habrán de ser resueltas con arreglo a los criterios generales.

Creo que aunque no se trate de una función propiamente notarial, también queda afectada por el deber de imparcialidad de la actividad del Notario en virtud de encargo de los interesados

para la gestión del instrumento en diversas oficinas, fundamentalmente a efectos de la liquidación de impuestos e inscripción en Registros Públicos. También en este aspecto pueden surgir conflictos para cuya solución deba mantener el Notario un estricto espíritu de imparcialidad, por ejemplo en tratándose de un asesoramiento ulterior acerca de a quien le incumbe pagar una determinada liquidación de impuestos no prevista al tiempo del otorgamiento, o bien en el supuesto de que después de acordarse al tiempo de la firma que el Notario se ocuparía por cuenta del comprador de la inscripción de la escritura en el Registro Público de la Propiedad, dicho comprador desista más tarde de la inscripción o no realice la oportuna provisión de fondos para ella, teniendo en cuenta que la inscripción puede interesar tanto al vendedor como al

comprador o en general al transmitente como al adquirente, y parece que debe el Notario en tal caso de desistimiento advertir al transmitente por si quiere él solicitarla.

En la doctrina existe la preocupación de un posible conflicto entre el deber del secreto y el deber de imparcialidad, bajo el siguiente supuesto: Si un otorgante trata de transmitir o gravar como propia o como libre una cosa respecto de la cual le consta al Notario, en virtud de una información amparada por su deber de secreto, que no es de dicho otorgante, que está gravada. Si el Notario revela estos hechos, puede infringir el deber de secreto, si los omite y autoriza la escritura, infringe el deber de imparcialidad al ayudar a una de las partes a cometer un engaño que incluso puede ser delictivo. No creo

recomendable como solución el negarse pura y simplemente por parte del Notario a la autorización, sin explicar las razones, y además provocaría que los otorgantes se fueran a otra Notaría cuyo titular ignorante de los extremos que conocía el primer Notario, autorice la escritura, y lo de que se trata en última instancia es de evitar un daño en perjuicio de alguien. Además creo conveniente que en términos generales debe prevalecer en tales supuestos el deber de imparcialidad sobre el del secreto. Ahora bien si se trata de secreto profesional o de guardar del protocolo, hay que subdistinguir a su vez según el secreto haya sido revelado al Notario por la misma persona que trata ahora de ampararse en él para enganar a la otra parte, o por un tercero, en el primer caso resulta obvio que la posición de quien reveló el secreto es

tan poco digna de protección que no puede haber norma moral ni jurídica que ampare su derecho al secreto, a lo sumo, convendrá advertírsele previamente para que, si el quiere, desahaga el trato antes de que el Notario revele el secreto, pero siempre debe quedar el Notario convencido de que la otra parte ha desistido de la operación.

Si por el contrario quien reveló el secreto es un tercero que puede resultar perjudicado si aquél es revelado, el problema es más difícil. Por lo general, la prudencia y el tacto del Notario podrán conducir a una solución satisfactoria para todos, bien consiguiendo el consentimiento del tercero para revelar el secreto, bien haciendo desistir de la operación al posible perjudicado sin revelar aquél, y en último término, creo que la postura

correcta del Notario consiste en denegar la autorización por existir un inconveniente grave para ello que no puede revelar por impedírsele el Secreto Profesional.

B.- EL DEBER DE IMPARCIALIDAD RESPECTO DE LOS TERCEROS.

El primer problema que puede plantearse es el relativo a la existencia misma de tal deber. Cabe pensar que la imparcialidad exige un conflicto de intereses entre partes determinadas que acudan a la presencia del Notario, el mismo fundamento inicial que asigne al deber de imparcialidad, esto es, la necesidad de que la función pública se presente a todos en igualdad de condiciones, parece exigir que el acreedor o beneficiario del deber de imparcialidad sea una persona a la que el

Notario haya de prestar sus funciones, y como la función notarial es rogada, ha de ser una persona que requiera al Notario para tal prestación. Por otra parte, se puede también pensar que no es misión del Notario la de tutelar los intereses de los terceros, bastándole con cumplir las leyes en todo aquello que éstas prevean para evitar perjuicios a aquéllos.

No obstante, parece también que hay algo más que el simple cumplimiento de las leyes, precisamente por tratarse de una función pública, se han de tener en cuenta los intereses de todos.

La función notarial sólo puede estar al servicio de los particulares en la medida en que sus intereses puedan ser protegidos sin dañar injustamente los intereses de otros, y precisamente porque el Notario no tiene como misión juzgar ni

recibir pruebas, su misión es mucho más delicada cuando pueden estar en juego intereses de terceros a los que no oye, y que no disfrutaban de las garantías que la comparecencia ante Notario puede proporcionarles.

El Notario debe abstenerse por completo de toda actuación que pueda implicar un juicio acerca de una determinada solución de un conflicto de intereses entre un compareciente y un tercero.

Hechas estas aclaraciones, procede distinguir entre los terceros determinados afectados por una actuación notarial, los terceros indeterminados a los que tal actuación podría afectar, y el supuesto especial del concurso de requerimientos, en que se trata de un posible conflicto entre personas cuyo vínculo solo reside en haber acudido al

mismo Notario para requerir su intervención profesional.

- 1.- Los terceros determinados. Considero tales aquellos cuya existencia, identidad y relación con la actuación notarial constan de manera cierta y evidente al Notario. La norma general es que éste no puede nunca prestarse a una intervención que lesione o ponga en peligro de forma asimismo cierta los intereses, jurídicamente protegidos de tales terceros. Ahora bien, la apreciación de esa lesión o peligro implica necesariamente un juicio por parte del Notario. No obstante, este juicio ha de basarse en datos absolutamente objetivos, nunca en una interpretación de pruebas o alegaciones de los comparecientes, puesto que en este caso se produciría

una idefensión del tercero que no ha podido a su vez presentar alegaciones ni pruebas.

2.- Los terceros indeterminados. Pienso que en esta materia, el deber de imparcialidad se difumina considerablemente al no existir a la vista del Notario un conflicto de intereses entre partes determinadas. Solo cabe, pues, hacer algunas consideraciones muy generales acerca de la evidente necesidad de que el Notario cuide de que el acto autorizado por él no origine perjuicios injustificados a eventuales terceros. Por ejemplo en la práctica el Notario debe abstenerse de autorizar actos en fraude de acreedores si le consta tal finalidad o tiene fuertes motivos para sospecharla, y, tal actitud del

Notario no debe quedar desvirtuada por las alegaciones que suelen en tales casos hacer los deudores acerca de la injusticia de las posibles reclamaciones de los acreedores. No parece por el contrario que haya fundamento suficiente para negar la intervención notarial si no se trata de acreedores actuales sino meramente potenciales, e, igual sucede en las adquisiciones que se realizan a nombre de otra persona en prevención de posibles créditos futuros. En ambos casos la actitud del presunto deudor puede ser moralmente incorrecta, pero juzgo exagerada una negativa del Notario a prestar su intervención.

- 3.- El concurso de requerimientos. La doctrina suele plantearse este problema desde el punto de vista de

la incompatibilidad absoluta entre ambos por razón del tiempo, ofreciendo criterios acerca de cual debe estimarse preferente. A tales efectos, basta aquí decir que en los supuestos de incompatibilidad se debe atender al criterio objetivo que parezca más justo, sin acepción de personas o de cuantías. Pero cabe también dar la expresión de Concurso de requerimientos, en un sentido más amplio, y es el de los posibles conflictos que surjan por el simple hecho de que dos personas acudan al mismo Notario. Estos conflictos pueden derivar de una razón de tiempo o de una razón de materia. A continuación explicaré brevemente unos y otros:

A).- Por razón del tiempo, cabe que sin llegar a la incompatibilidad

absoluta se planteen problemas por razón de la urgencia en el despacho de los asuntos. Un criterio automático y seguro sería el de un riguroso turno de despacho en atención solo al momento de la entrada del asunto en la oficina con toda la documentación necesaria.

Creo que basta un sano y ponderado razonar para solucionar tales problemas y conocer los asuntos verdaderamente urgentes, dando preferencia a los que verdadera y objetivamente la merecen. Pero para ello es necesario además adoptar una postura de estricta imparcialidad, no basando nunca dicha preferencia en razones de amistad o de clientela, ni en la

importancia del asunto desde el punto de vista de su rendimiento para el Notario ni en ninguna otra que ni sea puramente objetiva. Especial importancia tiene el despacho de los asuntos sometidos a turno, la seguridad que en ellos se tiene de que los interesados no pueden irse a otra Notaría puede actuar de freno psicológico para demorar su despacho. Esto es absolutamente inadmisibles. Precisamente la restricción a la libertad de los interesados que implica el turno debe considerarse como un acicate para un mejor y pronto servicio que compense tal inconveniente y el consiguiente desprestigio.

8).- Por razón de Materia, pueden surgir problemas, aún al margen de las causas reglamentarias de incompatibilidad, cuando las dos partes de un conflicto de intereses acuden con independencia al mismo Notario para actuaciones relacionadas con dicho conflicto. En principio y dada la estricta imparcialidad que habrá de observar el Notario, en cada una de tales actuaciones, no parece que haya inconveniente en estimarlas moralmente compatibles.

III.- FUENTES DE POSIBLES INFRACCIONES DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD.

A continuación analizaré las más importantes:

A.- LA RELACION CON LA CLIENTELA.

La relación con la clientela es una relación puramente social y de hecho, sin ningún matiz jurídico y por lo tanto sin derechos y obligaciones recíprocos fuera de los que puedan surgir de cada específico requerimiento de prestación de funciones. Intentar lo contrario a parte de carecer por completo de validez, supondría por parte del Notario una conducta totalmente reprobable e incluso sancionable corporativamente.

La relación de clientela se basa en la confianza que el cliente deposite en el Notario.

B.- LA VINCULACION FINANCIERA

Es el conjunto de situaciones que pueden crear una dependencia del Notario

respecto de otras personas por razones de índole económica diferentes de las derivadas de manera inmediata de la relación de clientela ya analizada. Estas situaciones pueden ser de variada índole pero las que juzgo más peligrosas para el Notario son las que surgen por colocarse éste, respecto de personas de negocios que son o se espera que sean clientes suyos, en una relación que no es simplemente la de clientela propia de su función notarial. Ciertamente es que el Notario puede realizar ciertas actividades distintas a las de fedatario como por ejemplo la docencia, etc. Pero lo que debe evitar en todo momento es que esas actividades creen situaciones de dependencia o conflicto de intereses que puedan afectar la ulterior actuación profesional de imparcialidad del Notario.

También creo que es conveniente que el Notario no le deba favores a nadie para evitar situaciones de dependencia que le impidan actuar con libre imparcialidad.

IV.- NECESIDAD SOCIAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL REDACTOR DEL CONTRATO.

I. NECESIDAD DE GARANTIZAR LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

A. EL DERECHO CONTRACTUAL MODERNO Y LA FUNCION SOCIAL DEL CONTRATO, SU FUNDAMENTO.

Todo contrato tiene una reconocida función individual. Según la concepción que se tenga de la vida, el contrato puede servir para la obtención de las más diversas finalidades particulares, pero además debe servir al interés

general. De ello surge la necesidad de analizar la doble función del contrato:

1. El contrato presenta una función individual, manifestándose como el gran instrumento para la circulación de bienes y servicios. Pero, puede también convertirse en instrumento de opresión económica, en tal caso lejos de provocar la composición de intereses que dice regular lleva al sacrificio o sometimiento de otros. Ello acontece, cuando uno de los contratantes es fuerte como para convertirse en el único regulador de la situación.

En defensa de función individual que el Contrato está destinado a tener, se explica que el orden jurídico intervenga poniendo limitaciones, porque de lo contrario se privaría parte débil del arma fecunda del Contrato. (1).

- 2.- Admitido que el derecho tiene una vertiente individual muy importante, no se puede dejar de reconocer que además tiene una vertiente social, que adquiere relevancia para la plena realización individual.

El moderno derecho contractual ha experimentado notables transformaciones. En la realidad del tráfico jurídico la libertad no es absoluta.

La sociedad con predominancia individual se pliega a las modernas tendencias sociales. Las causas políticas y económicas que concurren a la producción de este proceso son:

1. La primacía de lo "social" sobre lo individual.
2. La acumulación de capitales y la concentración de empresas.
3. La desigualdad de poder entre los contratantes.
4. La necesidad de proteger al individuo frente al predominio de agrupaciones.

En ellas encuentra su fundamento la consideración del contrato como función social, produciéndose una temperación del concepto clásico de la autonomía de la voluntad. Esta tendencia moderna contractual parte de considerar al contrato en función social, por el importante papel que el mismo cumple como instrumento jurídico apto para satisfacer las necesidades primarias y secundarias de los hombres, se pone el acento en que la contratación, fundamental para la paz y el orden social, no puede quedar librada exclusivamente a la inspiración de los particulares, de allí el rol de dirección y protección del ordenamiento jurídico. La

equidad es tomada como criterio para interpretar e integrar el contrato, en los contratos onerosos se tendrá en cuenta la equivalencia de prestaciones, en los contratos por adhesión los jueces examinarán las circunstancias de cada caso. En fin, pienso que por medio del contrato se logrará el orden público social.

Considero además que la función social del contrato, no debe alterarse en lo substancial su esquema clásico, y deben mantenerse las fronteras naturales de la autonomía de la voluntad. Si es importante la función social del contrato, también es esencial y digno de destacar el valor del individuo

y recordar que toda organización social está formada por hombres, cuyos derechos fundamentales deben ser respetados.

B. LA LABOR DEL NOTARIO COMO FACTOR DE GARANTIA EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

El Notario frente al negocio jurídico, desempeña un papel fundamental de especial preponderancia jurídica, social y económica. El instrumento por él elaborado es el instrumento por excelencia, que tiene por fin la formalización de los negocios jurídicos celebrados con particulares.

El Notario latino es el profesional del derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir testimonios y copias certificadas que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.

El Notario desempeña una función específica, propia, que se vincula esencialmente con el negocio jurídico, en el cual ponen en juego razones de suprema importancia. A la capacidad técnica del profesional, debe sumarse la idoneidad moral, la honestidad.

Si consideramos que la falta de prejuicio o prevención en pro o en contra de alguien o algo, para poder juzgar o proceder con rectitud o equidad, que implica un estado subjetivo, un estado de ánimo y un fin de la acción, (2) es el concepto básico de la imparcialidad que se presenta como un valor vinculado con la justicia y la seguridad, puedo afirmar que el quehacer notarial con lleva la nota de imparcialidad. La conducta subjetiva no puede separarse de la dinámica funcional, por lo tanto el Notario debe ser imparcial y proceder como tal con objetividad y ecuanimidad. Es por eso, que se deja de lado el concepto estático de imparcialidad, para enfocarlo como "Conducta, deber ser y acción".

La iniciativa privada, con su fuerza creadora desempeña una función importantísima en las actividades negociales, en consecuencia el Notario debe procurar con su participación idónea, honesta e imparcial, que esa voluntad, que esa iniciativa no sea coartada, sino por el contrario, alentada, logrando expresión de los cánones legales imprescindibles para asegurar la convivencia social armónica. En el desenvolvimiento del negocio es necesario no poner trabas a las actividades destinadas a la satisfacción de necesidades económico sociales.

El Notario, consciente de la trascendencia social del negocio jurídico, de su carácter

vinculante, debe advertir que el mismo no sea utilizado negligente o irresponsablemente.

Su participación será activa, previniendo a las partes acerca de que la iniciativa privada, en cuanto libre, va acompañada de auto responsabilidades, las cuales serán soportadas por la parte débil o indolente.

Si el negocio jurídico es la actuación de la fuerza creadora de la voluntad privada según Winscheid, si el acto por medio del cual las partes regulan por sí intereses propios según Betti, si la declaración de voluntad está dirigida a producir consecuencias jurídicas afirma Ennecerus, si la libertad que se esgrime genera

autoresponsabilidades, es por lo tanto en mi opinión personal garantizar la manifestación libre de las partes, la adecuada regulación de intereses, respetando las limitaciones que el ordenamiento jurídico impone.

Para cumplir con su finalidad de garantizar la libertad contractual, el Notario en su función debe actuar en forma imparcial y equidistante. Su participación se califica como predominantemente objetiva al presidir la composición de intereses contrapuestos, en los negocios bilaterales patrimoniales, y al recoger las iniciativas particulares plasmándolas en un concreto precepto normativo.

El actuar con imparcialidad es el resultado de proceder con "Rectitud y ecuanimidad, igualdad y equidistancia", según los atributos que le impone la doctrina, teniendo como meta el procurar que el negocio jurídico sea el instrumento, a través del cual, la iniciativa privada logre sus fines prácticos.

En la estructuración formal del negocio es imprescindible el asesoramiento del Notario, en lo que respecta a la autonomía y la libertad de elección de formas. En principio, de acuerdo a lo establecido por la Ley, las partes tienen libertad para escoger la forma. Por lo tanto, las mismas deben ser adecuadas, admisibles e idóneas, para hacer el acto

exteriormente reconocible. Pero, como el derecho prescribe, en numerosísimos casos, un determinado modo al acto, el Notario deberá proporcionar a los intervinientes en el negocio, explicaciones al respecto, sobre la forma prescrita por la Ley y la que se adecúe a la regulación de sus intereses, precisando los casos en que las partes carecen de autonomía en la elección.

Messineo (3) expresa, que la forma se identifica con la declaración de la voluntad, de manera que sin una forma, la misma no podría emitirse. En consecuencia, si la forma no es la que corresponde, la adecuada a los fines o la prescripta por la Ley, la declaración sería defectuosamente emitida, no válida o carecería de eficacia.

El Notario debe tener la formación jurídica y técnica necesaria para "garantizar" que dicha adecuación se produzca. El Notario tiene la potestad de redacción del documento. Cuando la construcción formal es perfecta, clara, natural, accesible a nuestra inteligencia el asunto o su contenido aparece con claridad, según afirma V. Ihering.

En la estructuración del contenido del negocio, el Notario, en virtud de la potestad que posee, tiene la misión de recibir la voluntad de las partes, para que la misma sea traducida en precepto, respetando siempre las normas legales.

En la secuencia comercial, el Notario desempeña como ya antes se había mencionado, una captación

inicial de las voluntades de las partes, luego procederá a la interpretación de las mismas, para producir y llevar a cabo, posteriormente la configuración.

En resumen el proceso que se viene relacionando lo reduzco a lo siguiente:

- A. En la captación de la voluntad, las partes respectivamente manifiestan la suya ante el Notario, quien la analizará y tratará de comprender cual es el real y efectivo querer de las mismas. La apreciación debe ser objetiva y libre de toda parcialidad.

B. El Notario deberá determinar cuales son las verdaderas motivaciones y objetivos, esta es una función autónoma, necesaria para la posterior categorización del negocio. Además se debe considerar si el querer de las partes es factible jurídicamente. Entonces pues, el Notario, con esta elaboración intelectual y objetiva, garantiza que el precepto sea la traducción de la auténtica voluntad de las partes.

C. La configuración, consiste en el proceso de adaptación, es decir, la voluntad de las partes se traduce a un precepto concreto, normativo, exterior y vinculante, y se determina el

contenido negocial. El Notario presenta una serie de itinerarios jurídicos para alcanzar la meta perseguida, aconsejando el camino más rápido y eficaz según él.

Es preciso mencionar que la función notarial adquiere complejidad en los negocios jurídicos bilaterales, toda vez que debe procurar la conjugación de las declaraciones o conductas, armonizando las diferencias o divergencias. En esta situación, si el Notario se mantiene sobre los intereses comprometidos de las partes brinda garantías de imparcialidad, y su participación debe ser objetiva

y como ya antes se mencionó, el Notario no juzga sino que preside la composición de intereses contrapuestos, dando un trato de igualdad a todos los comparecientes, y debe tener en mi opinión siempre como meta final alcanzar la justicia para aplicarla al caso concreto.

C. FUNDAMENTO DE LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO.

Si analizamos la figura del Notario, vemos que se caracteriza por ser, fundamentalmente, un profesional del derecho, cuya investidura le es otorgada por el Estado. Ejerce plenamente una función pública, da forma y

autentica a actos y negocios jurídicos de los particulares y brinda seguridad en interés de los mismos, pero además desempeña una función trascendente, sirviendo al interés público o general, cuando conserva y predica la paz social, mediante la afirmación del derecho.

El Notario latino, poseedor de una sólida e integral formación jurídica, esencialmente responsable, en la realidad y en el ámbito de los negocios posibilita que los derechos se desenvuelvan en la paz.

Por lo tanto, la imparcialidad deriva de la calidad misma del Notario latino, autor responsable e intelectualmente reconocido, depositario de la fe pública, y no

representante de parte alguna, intérprete eficaz de la voluntad negociadora, como asesor desempeña una auténtica judicatura pacífica.

La imparcialidad es uno de los atributos que según hemos visto caracteriza al Notario y que se concreta dinámicamente en su acción, es además un deber esencial, una obligación legal impuesta en forma implícita o explícita, en los distintos ordenamientos notariales.

La actuación imparcial del Notario encuentra su sustento en la trascendencia del negocio jurídico, institución que garantiza y sanciona la autonomía privada en la vida de relación. El negocio jurídico, tal como se presenta en la dinámica actual.

Para desenvolverse dentro de los cánones de la justicia, equidad, libertad, requiere la especial y calificada actuación del Notario, cuyos atributos de imparcialidad, idoneidad y honestidad, lo convierten en principal árbitro de la contratación.

La imparcialidad del Notario se funda en la necesidad de garantizar la libertad contractual, dentro de los límites que el orden público, la Ley, la moral y las buenas costumbres le establecen, respetando el valor del individuo, y sustentando como premisa que la libertad otorga dignidad al hombre y que su falta produciría la lesión de esenciales derechos humanos.

La participación del Notario en el negocio jurídico, imparcial, comprometida con la justicia y la equidad, se basa en la necesidad de garantizar la estabilidad y el equilibrio en las contrataciones, en las cuales la voluntad autónoma, traducida en precepto adquiere un poder reconocido por las Leyes.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO III

- (1) LOPEZ DE ZAVALA FERNANDO J. "TEORIA DE LOS CONTRATOS". POSTE GENERAL. TITULO II. PAG. 287.

- (2) LOPEZ DE ZAVALA FERNANDO J. "TEORIA DE LOS CONTRATOS". POSTE GENERAL. TITULO II. PAG. 9.

- (3) MESSINEO OB. CIT. PAG. 263.

CAPITULO IV EL SECRETO PROFESIONAL

1) EL SECRETO PROFESIONAL EN GENERAL:

Dice Guimera (1), que en general puede hablarse de tres clases de Secreto:

- a) El Natural.
- b) El Prometido.
- c) El Comiso o Confiado, llamado antiguamente Riguroso.

El Natural es aquél que toda persona está obligado a guardar porque así lo determina la índole de la noticia o hecho del cual se ha tenido conocimiento ya que el mismo, de suyo; pide secreto.

El Secreto Prometido o Encargado, obliga a toda aquélla persona que se comprometió expresamente a ello con la persona que se lo confió.

El Secreto Comiso, Riguroso o Estricto es aquél que debe guardar toda persona que ha llegado al conocimiento de una cosa o hecho después de prometer que guardará sigilo; y es pues muy sutil la diferencia que presenta este Secreto con el anterior; lo que influye es el distinto momento en que la promesa expresa o tácita, se formula.

En el Prometido, después de conocer; en el Confiado antes de que el conocimiento se haya efectuado.

Para Estella y Bermúdez de Castro (2) el Secreto Profesional equivale al sigilo o reserva de lo que se conoce por razón del ejercicio de una profesión u oficio cuya publicación puede ocasionar perjuicios o los bienes o intereses ajenos.

Hofmann (3) trata de fijar su naturaleza origen y características al decir que el Secreto Profesional resulta de una confianza originada en la jerarquía profesional del depositario; relación que en la generalidad de los casos se establece en forma eventual.

Por ejemplo cuando un enfermo visita a un médico y le confía un Secreto lo hace en atención especial a su jerarquía profesional.

Esta revelación es generalmente eventual ya que el paciente le confía para que éste pueda hacer su diagnóstico.

Se diferencia del particular por la relación preexistente que caracteriza a aquél y que en su caso generalmente no existe; y del religioso por el carácter sacramental que le es ajeno.

El Secreto Profesional puede desenvolverse en dos ámbitos:

Uno estático y otro dinámico.

Dentro de éste último, la noción del Secreto Profesional puede desenvolverse frente a las partes o al Magistrado que lo exige y se emplea como excepción o como dispensa para aclarar juicios.

Dentro del ámbito estático deberá considerarse el Secreto en sí mismo.

Encarado como dispensa, el Secreto Profesional pertenece exclusivamente al Derecho Procesal o Civil, mientras que bajo el concepto de la revelación voluntaria, pertenece a la Legislación Penal y Civil, en su carácter de responsabilidad profesional.

En este último aspecto se ha considerado que puede admitir como fuente la petición formal de la parte por la propia naturaleza.

En mi opinión lo que caracteriza al Secreto Profesional es la jerarquía de su depositario. Su actuación y el respeto que inspira su investidura son las que mueven al particular a revelarlo.

2) EL SECRETO PROFESIONAL EN EL NOTARIO PUBLICO:

Es preciso mencionar que para asegurar el orden social y la paz pública es de primordial importancia la función del Notario.

El ejercicio de la profesión notarial exige desde mi punto de vista una moralidad suma. La paz y justicia no pueden lograrse prescindiendo de esta institución. Y con la paz, el perfeccionamiento y el progreso de la vida social y jurídica.

Veracidad, imparcialidad y sigilo pienso que son las condiciones que deben concurrir en los depositarios de la fe pública.

Para ilustrar a las partes acerca de sus derechos y obligaciones y para traducir la expresión de sus voluntades, en un lenguaje preciso, claro, ordenado, evitando lagunas y ambigüedades que den margen en el futuro, a litigios de buena o de mala fe, el Notario debe ser un jurisconsulto.

Pero no basta que sea un simple profesional del derecho.

Se requiere ante todo que sea un hombre probo, celoso de su deber, discreto y con la conciencia presente en todos los actos.

El Artículo 13 Fracción IV de la Ley del Notariado vigente en el Distrito Federal (4), exige que se compruebe la buena conducta del que pretenda ser aspirante a Notario. Este precepto dá clara cabida a la ética y a la moral profesional. Dicho Artículo a continuación transcribo:

"Art. 13.- Para obtener la patente de aspirante al notariado, el interesado deberá satisfacer lo siguientes requisitos:

.... IV. No haber sido condenado por sentencia ejecutoriada, por delito intencional..."

Y el Artículo 14 Fracción II y III del mismo ordenamiento expresa que para obtener la patente de Notario se requiere:

".... II. No haber sido condenado por sentencia ejecutoria por delito intencional;

III. Gozar de buena reputación personal y profesional..."

Realizar el derecho, según Ley y justicia; no tomar partido a favor de una sola de las partes; conciliar intereses contrapuestos, siempre que sea posible, supone en el Notario una posición independiente y un espíritu de auténtica libertad.

Pero al Notario le incumbe además, y de modo preeminente cumplir, en los actos y convenios en que intervenga, la moral más rígida y la justicia legitimadora más estricta.

La dirección y el consejo prudente obliga a los Notarios en conciencia a guardar un espíritu social y una ética jurídica.

Probidad y ciencia aunadas en un espíritu asesorador, modelador y legitimador, el Notario, aunque carece de imperio, dirige la vida jurídica, regula en alguna medida el comercio y la vida económica, con normas de moralidad y justicia. Su función preventiva a mi juicio, y a petición de parte y sobre todo legitimadora de voluntades privadas.

En mi opinión el trabajo notarial se divide en 5 momentos fundamentales y que son los siguientes:

1. Aconsejar.
2. Redactar.
3. Constatar
4. Autorizar
5. Guardar el Secreto Profesional.

El contenido de la función notarial, no puede reducirse a la facultad de autenticar o de dar fe.

A los Notarios les corresponde las siguientes funciones: De Justicia, de Juicio, de Asistencia, de Cooperación Integrativa, Documental, de Autenticidad, Certificante, hasta cierto punto Arbitral, y sobre todo de Sigilo.

Asimismo es conveniente aclarar que es misión de los Notarios acelerar el ritmo de la Justicia Legitimadora dentro del marco eterno del bien.

Para el desempeño de función de tan alta responsabilidad no basta la ciencia y la técnica jurídica; se precisa tener una buena formación moral, un decoroso conocimiento de la vida económica social y una verdadera vocación firmemente decidida y un culto a los grandes valores del espíritu.

En la práctica se ha demostrado que todo cliente que acude a una Notaría espera del Notario una fidelidad a toda prueba.

Le importa, más que la entrega misma del dinero, la entrega de la confianza. El Notario es pues un depositario de su confianza.

Pone intereses, fama y honor en sus manos.

El Notario está comprometido no tan solo a no falsificar o tergiversar las declaraciones y los documentos, sino a guardar el Secreto de aquéllo que se le revela por un cliente que quiere mantener su declaración en forma

reservada, inviolable. Está vedado por la ética profesional violar el Secreto que compete guardar al Profesionista.

Para efectos de ésta tésis, por Secreto se entiende subjetivamente la noticia de aquélla cosa oculta que le interesa al Notario y al cliente y se mantiene inviolable.

Expuesto lo anterior deduzco que hay varios tipos de Secretos como ya veíamos anteriormente:

Los Naturales.- Cuya manifestación entrañaría un daño injusto, fácilmente evitable, violatorio del derecho natural.

Los Prometidos.- Es la palabra empeñada en guardar el Secreto aunque de suyo no hubiese sido obligatorio.

Los Confiados.- Pacto previo y explícito, entre el que confía y aquél a quien se confía.

Los Profesionales.- Pacto implícito existente, entre el Profesionista y el cliente que deben guardarse de oficio, por disposición legal en el Notario, según el Artículo 31 del Ordenamiento antes mencionado.

Quien asume la función notarial, implícitamente se compromete a todo aquéllo que sea necesario para el recto cumplimiento de su profesión.

Porque no se puede ejercer limpiamente la función notarial sin guardar el Secreto de todo aquéllo que se refiere al ejercicio profesional.

El Secreto Profesional, por exigencia del bien común, deberá estar jurídicamente bien determinado y restringirse a lo estrictamente necesario. En todo aquello que no lesione el Secreto Profesional del cliente, el bien

público temporal exige la debida información por parte del Notario.

No hay que confundir un Secreto de orden meramente privado que se confía a cualquier personal y el Secreto Profesional, de orden público, que supone la seguridad jurídica y afecta al bien común.

El cliente del Notario tiene el derecho de tener la certeza de que sus asuntos no trascenderán a los demás con menoscabo de su fama o de sus legítimos intereses económicos. Hay pues un deber notarial del Secreto Profesional y un correlativo derecho al Secreto por parte del cliente.

Este derecho tiene su fundamento en el uso personal libre, exclusivo e inviolable de las propias facultades comunicables. La intimidad de la persona no puede pertenecer al dominio público.

Quien perturba el Secreto Profesional, perturba por ende la paz social. La vulneración del Secreto Profesional por parte del Notario implica una grave violación a un derecho fundamental del hombre.

Claro está que no podría hablarse de un derecho absoluto ni de un derecho que prevaleciese sobre otros derechos humanos de mayor raigambre.

Sin embargo en la práctica se han tenido que revelar algunos Secretos para no lesionar derechos superiores y para preservar y defender el bien público temporal.

El bien público temporal exige una confianza omnímoda en el Notario, cuyos servicios son indispensables en la Sociedad.

No obstante, los inocentes tienen derecho a que se les evite daños graves por guardar el Secreto Profesional que les lesiona.

El Notario está obligado a no embarcarse con el cliente en tratos ilícitos y a convencerle de que desista de comprometerse y de comprometer a nadie, exponiendo el capital, la fama o el honor de hombres confiados y sencillos.

Cuando el hecho conocido por el Notario ha pasado ya al dominio público, cesa el derecho, al Secreto.

Fuera de este caso, nunca es lícito utilizar en provecho propio o de tercero el Secreto confiado.

Algunos tratadistas de Derecho Notarial hablan del Secreto Profesional como uno de los deberes esenciales del Notario Público.

Y este Secreto no solo se limita a la reserva de los protocolos, de los apéndices, de los documentos privados y de los archivos del Notario, sino que se extiende a todo aquéllo que el Notario sabe y conoce porque el cliente le hizo depositario de su confianza.

Ciertamente el Secreto Profesional es un problema de conciencia individual del Notario.

Pero eso no significa que quede librado únicamente a la buena, o a la mala conciencia del Profesional sin que intervenga la legislación positiva en auxilio del Secreto.

Según Carrara, el Secreto es todo aquello que se confía al profesional en ocasión de su oficio con la intención de que no se divulgue.

Bourdrel define el Secreto Profesional como:

"La confidencia hecha por una persona a un profesional con la convicción íntima de que éste no la revelará".

Por una parte, el Secreto Profesional se presenta, como una obligación impuesta en el desempeño de la función notarial, y por la otra, como una dispensa ante personas o autoridades que demandan datos confidenciales.

Como elementos indispensables para configurar el Secreto Profesional tenemos ante todo, la confidencia hecha por un cliente a un Profesionalista. Este elemento puede calificarse de objetivo o material.

En segundo lugar cabe hablar de una intención en el revelante de que lo revelado al Notario o Profesionalista no se revelará.

Este convencimiento íntimo se puede calificar como elemento subjetivo o psicológico.

Una vez expresados los elementos esenciales para configurar el Secreto Profesional, me pregunto ¿Cual será la naturaleza jurídica del mismo? ¿Contrato? ¿Declaración unilateral de voluntad que liga a un Profesional que presta sus servicios al público? ¿Interés de orden público? Desde mi punto de vista no cabe hablar de Contrato, puesto que el cliente y el Notario no se ponen de acuerdo, explícitamente sobre el Secreto Profesional. tampoco me satisface la tésis de una declaración unilateral de voluntad, por parte del cliente, que vincula al Notario. Primero, porque no cualquier declaración unilateral de voluntad puede obligar a un Notario.

Segundo, porque los elementos objetivo o material y subjetivo o psicológico no quedan explicados por la simple declaración unilateral de voluntad.

Me inclino más bien, a pesar de que se trata de un interés de orden público que la ética y el derecho reconocen y sancionan.

La Sociedad está interesada, vital y necesariamente, en la discreción de los Notarios Públicos.

Las Leyes penales y civiles recogen el imperativo ético y lo sancionan.

Tras un breve estudio doctrinario, a continuación explicaré brevemente el problema de nuestro derecho positivo.

En México por desgracia, las leyes notariales de algunos Estados, han omitido tratar, expresamente la materia del Secreto Profesional. A lo sumo cabe hablar como en el caso de la Ley del Notariado para el Estado de Nuevo León (5) y del Distrito Federal, de una alusión al Secreto Profesional, de un

reconocimiento indirecto de la existencia de este deber notarial y de este Derecho del cliente y la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su Artículo 31, el cual a continuación transcribo:

"Los Notarios, en el ejercicio de su profesión, deben guardar reserva sobre lo pasado ante ellos y están sujetos a las disposiciones del Código Penal sobre Secreto Profesional, salvo los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las Leyes respectivas y de los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que no hubiesen intervenido en ellos y siempre que a juicio del Notario haya algún interés legítimo en el asunto y que no se haya efectuado la inscripción respectiva".

El Artículo 130 de la Ley de Notariado del Estado de Nuevo León, dice textualmente "Solo a los otorgantes y a sus causahabientes, en su caso, solo podrán expedírseles previo mandamiento judicial, dejando a salvo de esta limitación a las Autoridades que tengan interés jurídico para ello.

Lo mismo se observará en el supuesto de que se expidan certificaciones de los actos jurídicos que consten en el protocolo, debiendo hacerse constar en la certificación el número y la fecha de la Escritura y demás datos de identificación del Instrumento".

Al reconocer, dicha Ley del Notariado, que solo a los otorgantes y a sus causahabientes les asiste el derecho de que se les expidan testimonios y copias de los mismos, se está reconociendo y protegiendo, implícitamente, el Secreto Profesional.

Los terceros solo por mandamiento judicial podrán obtener testimonios y copia de los mismos.

Es de suponerse que el Juez solo ordenará la expedición de un testimonio o de una copia para tercero interesado, cuando lo exige el bien público.

La misma observación habría que hacer para el caso de las Autoridades que tengan interés jurídico para ello.

El Artículo 97 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal a la letra dice: "Art.97.- Sin necesidad de autorización judicial se expedirán primero, segundo o ulterior testimonio, a cada parte o al autor del acto consignado en el instrumento de que se trate o bien, a sus sucesores o causahabientes".

Queda en pie, no obstante, el deber jurídico que pesa sobre el Notario en materia de Secreto Profesional, aunque considerablemente disminuido. Se reconoce que los Notarios en el ejercicio de su profesión reciben confidencias de sus clientes. Se ordena guardar reserva sobre lo pasado ante ellos y se advierte que están sujetos a las disposiciones del Código Penal sobre Secreto Profesional.

Los actos que deban inscribirse en el Registro Público podrán comunicarse a personas que no hubiesen intervenido en ellos siempre que a juicio del Notario tengan algún interés legítimo en el asunto por ejemplo una futura compraventa. Por principio, las personas investidas (cuando no sean otorgantes), deberían ocurrir al Registro Público y no a la Notaría. Resulta deseable desde mi punto de vista recomendar el reconocimiento expreso y la salvaguarda del Sigilo Notarial en las

Leyes del Notariado de las diversas Entidades Federativas.

En resaltante contraste con nuestra Legislación Civil, nuestra Legislación Penal se ha ocupado con un mayor cuidado y rigor del Secreto Profesional.

Ahora se trata no de alusiones ni de reconocimientos indirectos, sino explícitamente de un título noveno y de un capítulo Único del Código Penal (6) del Distrito Federal, consagrado a la "Revelación de Secretos".

El Artículo 210 del citado ordenamiento a la letra dice: "Se aplicará multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha

recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto".

Artículo 211 del Código Penal: "La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de la profesión en su caso de dos meses a un año cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por Funcionario o empleado público, o cuando el Secreto revelado o publicado sea de carácter industrial".

Los Códigos de los Estados siguen, en materia de revelación de Secretos, las disposiciones del Código Penal del Distrito Federal. El delito se tipifica con los siguientes elementos:

- 1.- Revelación de algún secreto o comunicación reservada que conoce el profesionista con motivo de su profesión misma;

- 2.- Ausencia de justa causa para revelar el Secreto;

- 3.- Perjuicio de alguien y carencia del ordenamiento del que pueda resultar perjudicado. No es necesario que el Secreto haya sido confiado al Notario expresamente en calidad de Secreto y que se le haya pedido reserva.

Basta que objetivamente conozca el caso que le planteó su cliente, en plan profesional, para que exista el deber del Sigilo. No se requiere tampoco, la intención clara de dañar en el que revela el Secreto.

El Notario tiene un convencimiento íntimo de que su cliente le confía un asunto con la innegable voluntad de que no se revele o divulgue.

Exigir una solicitud expresa de mantener la reserva del caso confiado es ir más allá de la doctrina y de la legislación.

3) EL SECRETO DEL PROTOCOLO:

Según Alvarez Robles (7), el Secreto Profesional y la veracidad son condiciones tan fundamentales de la profesión notarial que a ellas hay que sacrificarlo todo.

El Secreto tiene el carácter de principio de orden público, in specie.

Respecto a que cosas y que hechos están amparados por el Secreto Profesional, según Escobar (8) y de Avila (9), el Sigilo se extiende tanto a las Escrituras como a las actas, a sus hechos conexos en relación íntima con ellos, que pueden ser su causa, explicación o preparación, carta u otros documentos análogos; a los hechos que el Notario conoce

como Consejero de las partes, por ejemplo, las llamadas contre-lettres; a los hechos que el Notario conoce en el ejercicio de una actividad distinta de lo estrictamente notarial, por ejemplo la gestión de intereses o la inversión de capitales.

En opinión de Escobar se analiza el deber del Secreto, incluso si se trata:

- a) De hechos de notoriedad pública.-
Divulgados por el Notario, en cierta manera la divulgación autenticaria, el rumor o la notoriedad.

- b) De hechos destinados por la Ley a ser publicados: Porque estos hechos, según afirma Perraud-Clement (10) deben ser puestos en conocimiento de los terceros, precisamente por la vía prevista por el legislador.

4) DECLARACIONES DEL NOTARIO ANTE LOS TRIBUNALES:

Tiene el Notario las potestades que derivan de lo que según Guimera es "su derecho al silencio", derecho que ofrece especial interés cuando el Notario es llamado a declarar en pleitos.

La tesis del Maestro Dávila (11), sostiene que si el Juez declara hábil para declarar al Notario queda éste relevado del deber del Secreto y la responsabilidad (civil o penal, más no se habla en ningún momento de la responsabilidad moral) se desplaza al Juez.

En materia penal, pues, dice Guimera (12) el Notario no tiene obligación de quebrantar el Secreto en ninguna de sus posibles formas; ni como testigo, ni como denunciante.

5) LA VIOLACION DE HECHO DEL SECRETO:

Aunque el Notario sea discreto por dos vías puede quebrantarse el Secreto Profesional; un camino es el de pedir que declaren como testigos los auxiliares del Notario.

Otra vía que hace ineficaz el Secreto Profesional es la intervención de testigos que aunque estén obligados a la reserva, no suelen cumplir tal obligación con demasiado rigor. Pienso yo, que esta sería una razón de peso suficiente para suprimir de los testamentos, la intervención de los testigos.

En la práctica se presenta el problema de la violación del Secreto por disposiciones administrativas cuando se trata de materia fiscal, en donde el Notario es responsable solidario junto con el contribuyente, cae por tierra toda la estructura del Secreto Profesional.

6) LA VERDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION:

- A) QUE ES LA VERDAD: Balmes la define diciendo: "La verdad es la realidad de las cosas". Unamuno proclamó que "La verdad es lo que se siente". Ambos Autores representan el objetivismo y el subjetivismo de la verdad.

Giorgio del Vecchio, dice que en ciertos casos el poner límites o rémoras al conocimiento de lo verdadero puede ser éticamente justificable.

Desde el punto de vista de la política, Maquiavelo (13) ha defendido la mentira partiendo de un concepto pesimista de la naturaleza humana.

La tesis del Maestro Alonso Vega sostiene que hay varias profesiones que necesitan de la moral, por lo que tienen de humanas, la profesión del Derecho la necesita por lo que tiene de jurídica.

El Notario es un testigo prácticamente inapelable de la verdad, tanto en el orden especulativo como en el práctico, y su competencia es fundamentalmente de orden ético.

Desde un punto de vista personal, hasta ahora el Jurista solo de modo tangencial ha rozado con su investigación el tema de la verdad y solo ha centrado su atención, en los supuestos en que la verdad falta, se calla, se adultera o disimula. A los enemigos de la verdad en su libre y auténtica manifestación o vicios jurídicos del consentimiento, se le han dedicado varios tratados.

Pero ya es el momento de que el Jurista se de cuenta de que la verdad requiere de él una atención directa y un comportamiento altivo, y sobre todo del Jurista práctico, por ejemplo el Notario.

B) LA POSICION DEL NOTARIO FRENTE A LA VERDAD:

1.- Postura negativa absoluta: La Mentira, proscrita terminantemente por la ética notarial; el Notario debe negar su intervención siempre que falte a la verdad.

2.- postura negativa relativa: La verdad a medias solo justifica que se silencie parte de la verdad jurídicamente relevante, la bondad o la licitud del fin con ello

perseguido, la atención a especiales circunstancias de personas, lugar o modo y que, en ningún caso, se cause perjuicio a tercero.

- 3.- Postura meramente pasiva: Conocer y reconocer la verdad; decir la verdad. Esta es la misión del Notario en las actas (salvo en las de notoriedad), en la expedición de copias, en los testimonios y en las legitimaciones.

- 4.- Postura activa simple: Actuar en la verdad, o comportarse con verdad. Así debe de ser la conducta del Notario como miembro de una comunidad.

5.- Postura activa cualificada: Hacer la verdad. Este sería el eje central de su actuación como facedor de documentos. El Notario debe buscar afanosamente la verdad y Hermanarla con la ética para que, por los cauces del Derecho quede plasmada adecuadamente en el cuerpo de la Escritura Pública.

6.- Postura estimativa: Valorar ética y jurídicamente la verdad según el hecho y su circunstancia. Es la actitud del Notario ante la narración del cliente y en la emisión del juicio de notoriedad en las Actas de este tipo.

Es preciso mencionar que en cualquiera de tales posturas frente a la verdad, hay que evitar que en la práctica, nos deslumbe el concepto de lo útil.

Ortega y Gasset dice: "La búsqueda de la verdad se enturbia y dificulta en ocasiones por la preocupación de lo útil. Si la preocupación de lo útil llega a constituir el hábito central de nuestra personalidad, cuando se trate de buscar lo verdadero tenderemos a confundirlo como útil. Y esto, hacer de la utilidad la verdad, es la definición de la mentira".

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO IV

- (1) GUIMERA "EL SECRETO PROFESIONAL DEL NOTARIO Y SUS COLABORADORES" PAG. 66.
- (2) ESTELLA Y BERMUDEZ DE CASTRO "XV SEMANA SOCIAL". PAG. 198.
- (3) HOFMANN, OSCAR E. "EL SECRETO PROFESIONAL DEL NOTARIO Y SUS DEPENDIENTES" PAG.4.
- (4) LEY DEL NOTARIADO DEL DISTRITO FEDERAL.
- (5) LEY DEL NOTARIADO DEL ESTADO DE NUEVO LEON. ART. 130.
- (6) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. ART. 210 Y 211.
- (7) ALVAREZ ROBLES ALFONSO "ANALES DE LA ACTUAL MATERIA DEL NOTARIADO" TOMO VII PAG. 54 y 55.
- (8) ESCOBAR, "REVISTA DE DERECHO PRIVADO" 1943 PAG. 161.
- (9) DE AVILA "ESTUDIOS" PAG. 56.
- (10) PERRAUD CLEMENT "INSTITUCIONES" PAG. 296.
- (11) DAVILA. OP. CIT. PAG. 106.
- (12) GUIMERA "VOLUMEN INFORMATIVO" # 64, PAG. 533. GRANADA 1956.
- (13) MAQUIAVELO "EL PRINCIPE" PAG. 45.

CAPITULO V CONCLUSIONES

PRIMERA. Por todo lo expuesto anteriormente afirmo que en el sistema de notariado de tipo latino, la imparcialidad es nota característica y esencial de la función; la que se advierte en la etapa de asesoramiento y redacción, actuando como tercero imparcial frente a los intereses de los otorgantes del negocio cuando su actuación es requerida, ajustándose a la legalidad del acto, es decir, solo al interés de la Ley.

SEGUNDA. Para asegurar la prestación de su ministerio con absoluta imparcialidad, a la que está obligado legalmente en forma implícita o explícita, existen incompatibilidades y prohibiciones, de las que surgen responsabilidades.

TERCERA. De la comparación del Notario del tipo Latino, respecto del Anglo Estadounidense, y del Administrativista surge: Que el Notario no es profesional del derecho, no es asesor jurídicamente, no estando autorizado para hacerlo; siendo sus atribuciones muy limitadas, reduciéndose a la faz certificante. La relación de los documentos está a cargo de particulares cuando un profesional de derecho redacta el documento su actuación es parcial, por cuanto tendrá en cuenta el interés de la parte que propuso su intervención. Siendo en el Sistema Administrativista el redactor del documento no puede estar en contraposición a los lineamientos del estado, encontrándose parcialidad en el asesoramiento y en la redacción, por la circunstancia de que el Notario es un Funcionario en relación de dependencia, sometido a los derechos del estado al cual pertenece y no es elegido libremente por las partes.

CUARTA. En la realidad pragmática, la imparcialidad del Notario Latino está protegida por:

- a) Las Leyes que crean incompatibilidades, inhibiciones y responsabilidades;
- b) Las operaciones de ejercicio, en especial las de fondo: Calificación, legalización y legitimación, y el asesoramiento funcional que todo lo comprende.

QUINTA. La imparcialidad del Notario Latino es siempre igual:

- a) Hace acepción de personas para evitar que una parte sea perjudicada por inexperiencia por falta de habilidad;
- b) Está en intermediación con los sujetos de derecho, a quienes interpreta directamente;

- c) Tiene preponderancia porque su función es mayeútica. En resumen, su imparcialidad es activísima.

En cambio la imparcialidad judicial es pasiva y normalmente actúa en forma inversa.

SEXTA. Si bien la imparcialidad es siempre igual, las diversas situaciones pueden limitar su ejercicio:

- a) Es plena ante el Contrato en formación y en los negocios normativos;
- b) Es menos plena ante el Contrato perfeccionado pendiente de formalización y ante los Contratos por Adhesión que impone la gran empresa;

c) Pero, plena o no, el Notario Latino siempre respeta la dignidad y la libertad de la persona en el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad.

SEPTIMA. Para lograr la imparcialidad del Notario; se deben respetar las Leyes vigentes de nuestro derecho positivo.

OCTAVA. Expuesto lo anterior, concluyo; que el deber de imparcialidad llega hasta lo más hondo de la esencia de la función notarial.

Dicho deber tiene como base el más profundo respeto a la verdad de los hechos, a la libertad de las personas y a las opiniones, apreciaciones y puntos de vista de todas las partes.

El deber de imparcialidad implica además una fecunda labor de colaboración en pro de la armonización de intereses de la igualación de condiciones y de oportunidad entre el débil y el poderoso, entre el letrado y el ignorante, etc.

Esta igualación entre las partes, constituye sin lugar a duda la última esencia del deber de imparcialidad del Notario.

NOVENA. El deber de veracidad en el ejercicio de la función notarial es indeclinable, y no puede estimarse cumplido con la mera reproducción de las manifestaciones de las partes, sino que obliga a la activa indagación de sus propósitos y finalidades para valorarlas, según las circunstancias; y en consecuencia delegar su intervención, o darles forma jurídica.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

1. ALVAREZ ROBLES ALFONSO "ANALES DE LA ACTUAL MATERIA DEL NOTARIADO" TOMO VII PAG. 54 Y 55.
2. ALLENDE IGNACIO M. "LA INSTITUCION NOTARIA Y EL DERECHO". PAG. 44 EDITORIAL ALBELEDO PERROT. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1976.
3. AREZO "SUMMA NOTARIE DE" VOLUMEN III, EDICION CICOGNARI, PAG. 283. BOLONIA 1901.
4. ARNAU GIMENEZ ENRIQUE "INTRODUCCION AL DERECHO NOTARIAL". PAG. 23. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, MADRID, ESPAÑA. 1944.
5. AVILA ALVAREZ PEDRO "LA REDACCION JURIDICA" NORMALIZACION Y PERFECCIONAMIENTO DE LAS CLAUSULAS. PAG. 253.
6. CITADO POR BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN. OB. CIT. PAG. 115.
7. BARALIS "ATTO PUBLICO E CONTRATAZIONE SEMPLIFICATA". PAG. 696.
8. DE AVILA "ESTUDIOS" PAG. 56.
9. DE PINA RAFAEL, "DICCIONARIO DE DERECHO". PAG. 271. EDITORIAL PORRUA.
10. DAVILA. OP. CIT. PAG. 106.
11. ESCOBAR, "REVISTA DE DERECHO PRIVADO" 1943 PAG. 161.
12. ESTELLA Y BERMUDEZ DE CASTRO "XV SEMANA SOCIAL". PAG. 198.
13. GABINO FRAGA "DERECHO ADMINISTRATIVO". PAG. 20
14. GONZALEZ CARLOS EMIRITO "TEORIA GENERAL DEL INSTRUMENTO PUBLICO" EDITORIAL EDIAR S.A. BUENOS AIRES, ARGENTINA. PAG. 53. 1953.

15. GONZALEZ PALOMINO JOSE "INSTITUCIONES DE DERECHO NOTARIAL" TOMO I, PAG. 530 Y GIMENEZ ARNAU ENRIQUE "DERECHO NOTARIAL" PAG. 882.
16. GUIMERA "EL SECRETO PROFESIONAL DEL NOTARIO Y SUS COLABORADORES" PAG. 66.
17. GUIMERA "VOLUMEN INFORMATIVO" # 64, PAG. 533. GRANADA 1956.
18. GUILLIANI ANDREA "NOTARIO CONSIGLIERE DELLE PARTI". PAG. 165.
19. GUILLIANI ANDREA "POSTILLA". PAG. 939.
20. HOFMANN, OSCAR E. "EL SECRETO PROFESIONAL DEL NOTARIO Y SUS DEPENDIENTES" PAG. 4.
21. IRNERIO "FORMULARIUM TABELLIORUM", VOLUMEN I, EDICION DE 1914. CON EL TITULO WERNERII. PAG. 11.
22. IRNERIO "FORMULARIUM TABELLIORUM", VOLUMEN II, EDICION DE BOLONIA DE 1882. PAG. 30.
23. KRALIK WINFREND "EL DEBER DE INFORMAR DEL NOTARIO". PAG. 11.
24. LOPEZ DE ZAVALA FERNANDO J. "TEORIA DE LOS CONTRATOS". POSTE GENERAL. TITULO II. PAG. 287.
25. MAQUIAVELO "EL PRINCIPE" PAG. 45.
26. MESSINEO OB. CIT. PAG. 263.

27. NUÑEZ LAGOS RAFAEL "EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL". PAG. 20. MADRID ESPAÑA. EDITORIAL ARTES GRAFICAS SOLER.
28. NUÑEZ LAGOS RAFAEL "ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL" TOMO I. PAG. 493, MADRID, ESPAÑA 986, ED. ARTES GRAFICAS SOLER.
29. NUÑEZ LAGOS RAFAEL "DECISIONES DE VOLUNTAD", PAG. 30. MADRID ESPAÑA, EDITORIAL ARTES GRAFICAS SOLER.
30. PERRAUD CLEMENT "INSTITUCIONES" PAG. 296.
31. PONDE EDUARDO BAUTISTA, "ORIGEN E HISTORIA DEL NOTARIADO" PAG. 424. EDICIONES DE PALMA. BUENOS AIRES ARGENTINA 1967.
32. PORRUA PEREZ FRANCISCO "TEORIA DEL ESTADO" PAG. 92. EDITORIAL PORRUA S.A. MEXICO 1980.
33. RODRIGUEZ ADRADOS ANTONIO, ROJAS MONTES LUIS, SOLIS VILLA IGNACIO, "NECESIDAD SOCIAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL REDACTOR DEL CONTRATO" 1982. EDITORIAL FEDERICO DOMENECH, S.A.
34. ROAN MARTINEZ JOSE Y CAMARA ALVAREZ MANUEL DE LA "LA FORMACION Y SELECCION DEL NOTARIO" SEPTIMAS JORNADAS NOTARIALES SANTIAGO DE COMPOSTELA 1968. PAG. 343.
35. SANAHUJA Y SOLER JOSE MARIA "TRATADO DE DERECHO NOTARIAL". PAG. 23. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, MADRID, ESPAÑA 1944.
36. WAITZ "DEUTSCHE VERGASSUNGSGESCHICHTE" PAG. 422.

LEYES CONSULTADAS

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

LEY DEL NOTARIADO DEL ESTADO DE NUEVO LEON.

LEY DE PROFESIONES.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.