

# COMPARACIÓN ÉTICA ABOGADIL - ÉTICA NOTARIAL.

## COMPARISON OF LAWYER ETHICS - NOTARIAL ETHICS.

### I PARTE.

**Nota de la editora:** Por la extensión de este artículo se ha dividido en dos partes sólo para efectos de la publicación y continuará en una próxima edición, siendo que el formato de revista requiere de otros autores y artículos, para evitar que se convierta en una monografía.

## DR. ALBAN BONILLA SANDÍ

- Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
- Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- 43 años de docencia universitaria (UNA-UCR-UELD) en los campos de la Filosofía de la Educación, Filosofía del Derecho, Realidad Nacional, Ética Profesional (en diferentes campos profesionales), Derecho de Familia y Teoría General del Derecho, entre otras.
  - Catedrático de la Universidad Nacional y de la Escuela libre de Derecho.
- Ha sido Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNA, Presidente de Carrera Académica de la UNA, Presidente y Secretario Ejecutivo del Consejo de Facultades Humanísticas de Centroamérica, Director Académico del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Director Ejecutivo de la Unidad de Rectores de Universidades Privadas de Costa Rica (UNIRE), Director Ejecutivo del Sistema de Acreditación de Carreras Universitarias Privadas (SUPRICORI) y Coordinador de la Comisión de Ética del Consejo Superior Notarial.



# COMPARACIÓN ÉTICA ABOGADIL - ÉTICA NOTARIAL.

## COMPARISON OF LAWYER ETHICS - NOTARIAL ETHICS.

### Resumen:

Este trabajo es un estudio comparativo, desde la perspectiva deontológica, entre dos profesiones: la abogacía y el notariado público. Se hace un contrapunto entre ambas, se señalan las diferencias y cómo éstas pueden entrar en colisión. Finalmente se concluye que es conveniente separarlas, como sucede en otros sistemas en donde resulta incompatible ser abogado y notario.

### Abstract:

This work is a comparative study, from a deontological perspective, between two professions: the legal profession and the public notary. A counterpoint is made between the two, the differences are pointed out and how they can collide. Finally, it is concluded that it is convenient to separate them, as happens in other systems where it is incompatible to be a lawyer and a notary.

### Palabras clave.

Imparcialidad-parcialidad. Fe pública. Comparecientes-rogantes- Obligación de resultados- obligación de medios- Dirección Nacional de Notariado-Juzgado Notarial-Fiscalía Colegio Abogados.

### Keywords.

Impartiality-partiality. Public faith. Appearing - supplicants - Obligation of results - obligation of means - National Directorate of Notaries - Notarial Court - Prosecutor's Office College of Lawyers.

### Sumario.

- I. Introducción. II. Comparación deontológica entre notarios y abogados.
  - a. Los requisitos morales para el ejercicio de la abogacía y del notariado son diferentes.
  - b. Inhabilitación por pérdida de la condición de abogado.
  - c. Ambas profesiones operan por delegaciones diferentes.
  - d. Imparcialidad
  - e. ¿En qué consiste la imparcialidad?
  - f. Imparcialidad según el tipo de negocio
  - g. Imparcialidad e incompatibilidades
  - h. Imparcialidad y libre elección
  - i. Imparcialidad y salario (independencia)
  - j. Imparcialidad, poder económico y tráfico masivo
  - k. Imparcialidad activa
  - l. Imparcialidad y secreto profesional
  - m. Imparcialidad no significa neutralidad
- III. Bibliografía.

### I. Introducción.

Cuando se habla de abogacía y notariado, se hace referencia a dos profesiones diferentes con funciones diferentes, deontología diferente, control disciplinario diferente y que requieren formación académica diferente, aunque conexas.

En Costa Rica, donde el Derecho tiene influencia románica, la profesión de abogado se organiza y controla sobre una base corporativa y no asociativa, y el notariado, que pertenece al sistema de notariado latino, se organiza, más bien sobre una base administrativa. Por eso los sistemas de fiscalización y control son diferentes, como también lo son

sus exigencias deontológicas.

Desde luego que cuando se discurre sobre deontología, entendida como el conjunto de normas morales que presiden el ejercicio de una profesión, se alude a una ciencia que ha desarrollado una parte general (referida al conjunto de las profesiones), y una parte especial (referida a cada una de las profesiones). La funcionalidad y naturaleza de la profesión de abogado y notario, su afinidad y conexidad, determinan la existencia de semejanzas deontológicas entre ambas profesiones, y también diferencias, incluso contradicciones. En algunos casos, dichas semejanzas las comparten con otras profesiones; en otros son semejanzas propias de las profesiones jurídicas, derivadas de su afinidad. No hay que perder de vista que no solamente los abogados y notarios son operadores jurídicos.

Existen dos principios deontológicos que deben observar todas las profesiones (médicos, ingenieros, abogados, notarios, periodistas, veterinarios, etc.) y son el principio de probidad, y el principio de actuar según ciencia y conciencia.

Nos proponemos exponer los principios propios de dos operadores jurídicos: abogados (entendidos como litigantes) y notarios, pero no de otros operadores jurídicos como asesores, docentes, jueces, fiscales, etc.

Algunos principios son propios de funciones como la función jurisdiccional tales como la certeza, el tiempo, la imparcialidad, el deber de residencia. Otros son propios de los fiscales, que no solamente representan la pretensión punitiva del Estado, sino que deben actuar movidos por el principio de justicia y no de venganza y, en ese sentido, deben investigar la verdad real para actuar en consecuencia.

Otros principios están relacionados con la función del litigante: el principio de lealtad procesal, de fidelidad entendida como parcialidad, de igualdad de trato, de buscar la

mejor solución, de evitar la compra del pleito, de evitar la dicotomía (reparto de honorarios entre los que no son abogados), etc.

Igualmente existen principios propios de la función notarial como el de imparcialidad, disciplina, orden, carácter rogado de la función, oficina abierta al público, fe pública, etc.

En Costa Rica, tanto la abogacía como el notariado presentan sus propias patologías: hay abogados y notarios que no cumplen con sus deberes morales ni jurídicos, y por esa razón se han organizado, al menos, dos sistemas de fiscalización. Los jueces tienen, además, sistema de fiscalización en el Poder Judicial.

Precisamente los sistemas de fiscalización y control apuntan a corregir estos aspectos. De esta forma el Colegio de Abogados y Abogadas, la Dirección Nacional de Notariado, el Juzgado Notarial y el Tribunal Notarial asumen una función pública; en el primer caso por delegación del Estado, en los otros casos por control directo del Estado. El ejercicio del control profesional es una función que, en forma primigenia, le corresponde al Estado, y que éste, en la mayor parte de los casos, delega en los colegios profesionales, que son entes públicos **NO** estatales; **salvo en el caso de los notarios que es la única profesión controlada directamente por el Estado**. Este hecho constituye, hasta hoy, una particularidad costarricense, pues en otros países donde rige el notariado latino existen colegios de notarios, o colegios de abogados y notarios.

Los datos indican que quienes ejercen la función notarial están más expuestos a incurrir en faltas de diversa índole que quienes ejercen la función abogadil. Esto tiene que ver con varias hipótesis: el volumen de operaciones notariales es indudablemente mayor que la cantidad de casos atendidos por los abogados, pues las personas necesitan cotidianamente del notario para el tráfico común, consensuado. Obviamente el riesgo que tie-

nen los notarios de cometer una falta es mayor que el que tienen los abogados. Por otro lado, mientras los abogados operan usualmente en presencia de conflictos, los notarios operan donde hay acuerdos, y hay más cantidad de acuerdos que de conflictos. A pesar de que la cantidad de notarios es (y con el actual sistema seguirá siendo) menor que la cantidad de abogados, el ejercicio del notariado requiere de sumo cuidado, pues la cantidad de detalles que hay que cuidar es muy grande y cambiante. Por esa razón los notarios pueden caer fácilmente en errores sancionables, que muchas veces tienen origen técnico y no moral. Asimismo, los notarios, por estar insertos directamente en el tráfico mercantil cotidiano, están más expuestos que los abogados a las tentaciones, por lo que deben tener bases morales más sólidas. A esto hay que agregar que los notarios tienen más fiscales naturales que los abogados y por eso sus faltas son percibidas con mayor facilidad.

Aunque hay estadísticas sobre aspectos disciplinarios, tanto en el Colegio de Abogados y Abogadas como en la Dirección Nacional de Notariado, éstas solamente reflejan los **efectos** de la patología profesional. No hay estudios sobre las **causas** de tal patología que permitan un diagnóstico y, en consecuencia, un planteamiento científico para solucionar el problema de la patología profesional. No es recomendable seguir planteando soluciones solamente sobre la base del análisis de discurso, como se hace en este trabajo, pero para asumir otros enfoques se requiere, precisamente, de financiamientos como el indicado.

Desde luego que las patologías son distintas, porque distintas son las funciones y los principios deontológicos que las informan, a pesar de los elementos en común que, evidentemente, puedan tener las diferentes ciencias jurídicas.

En este trabajo interesa señalar las diferencias deontológicas (en sus diferentes expresiones) que pueden existir entre la normativa

y la práctica de la abogacía y del notariado, a efecto de plantear algunas soluciones que puedan servir para lograr un mayor nivel deontológico y técnico de ambas profesiones que, en varios aspectos, muestran principios deontológicos contradictorios, lo que puede ser parte de la patología profesional que el gremio de los abogados y notarios sufre.

Antes de hacer la comparación, una advertencia: este es un trabajo de deontología notarial y no de sociología notarial, de modo que no se va a describir cómo **son** los abogados ni los notarios, sino cómo **deben ser** de acuerdo con los fundamentos ideológicos de las normativas que los disciplinan y de la concepción deóntico-jurídica vigente en la juridicidad costarricense.

## II. Comparación deontológica entre notarios y abogados.

En este apartado del trabajo se van a establecer algunos contrapuntos deontológicos entre la abogacía y el notariado, lógicamente derivados de su diferente situación ante la sociedad y de su diversa funcionalidad e historia.

Carnelutti es quien más ha insistido en estas ideas, contraponiendo la labor del notario, no ya a la del juez, sino a la del abogado, utilizando para ello la clásica trilogía romana del **cavere, respondere, postulare**: "**Postulare** es la actividad del **defensor**. **Respondere** es una actividad común al **defensor** y al **notario**. En esto, cualquiera se puede dirigir tanto al uno como al otro para la resolución de una **duda jurídica**. **Cavere** es, en fin, la función específica del notario. Y es preciso entender bien en qué consisten su carácter y su dificultad. El negocio puede ocultar en su regazo una litis; ahora bien, entre el abogado y el notario el cometido está distribuido de tal forma que, mientras aquél interviene cuando la litis ya ha estallado o está para estallar, la obra del notario tiende primordialmente a que no estalle; por eso la figura del defensor es diversa de la del notario, más bien inversa. (Rodríguez)

guez Adrados, 1981) (resaltado original)

Para establecer estas diferencias en el ordenamiento jurídico costarricense este estudio se fundamenta en la forma en que están organizadas ambas profesiones y en las normas deontológicas que las diferencian según la normativa vigente, sin que se pretenda ser exhaustivo:

### **a) Los requisitos morales para el ejercicio de la abogacía y del notariado son diferentes.**

1. El **primer requisito** para ser notario es **ser de buena conducta** (artículo 3 inc. a. del Código Notarial), es un requisito deontológico y no técnico, en cambio el primer requisito para ser abogado es técnico y no deontológico (artículo 2 Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas). Los requisitos morales que se le exigen a un notario son mayores que los que se exigen al abogado, según está estipulado en las leyes respectivas. La razón es muy simple: en el notario los aspectos deontológicos están por encima de los técnicos, pues al ser el notariado una función pública, los efectos de sus errores y faltas tienen mayor incidencia en la comunidad que los del abogado. A la idoneidad técnica del notario hay que agregar la idoneidad moral. El notario “es sobre todo un hombre de buena fe, y en lo íntimo de quien acude a él, se busca un consejo jurídico, pero transido de Justicia y de sentido ético, ese sentido ético civil, válido para todos, y que entre todos debemos encontrar para averiguar los puntos fundamentales de la sociedad” (Garrido Cerda, 1995). El ejercicio del notariado se obtiene demostrando la idoneidad moral y se puede perder por razones morales, aunque también técnicas. Por eso, igualmente, el Estado, puede denegar la licencia notarial a quienes no cumplen con este esencial requisito. Cuando se discutió el proyecto de ley del actual Código Notarial (Torres Vicenzi, 1996) quedó así consignado:

“... el notariado es una autorización o facultad que el Estado confiere a ciertas personas y no un derecho propio de estas. /// El ejer-

cicio del notariado es un acto de confianza que el Estado otorga a personas que reúnen ciertos requisitos de capacidad y buen comportamiento. Bien puede negar esa confianza a quien no muestre claridad en sus actuaciones. ¿Por qué retirar esa confianza como se cancelan credenciales o se cancela una concesión o se revoca el nombramiento de un funcionario? No se trata de sanciones en el sentido penal o administrativo, sino de regulación de una facultad otorgada por el Estado. Se persigue mantener la dignidad y prestigio del Notario como persona y profesional de respeto y confianza. Por eso, para evitar equívocos quizá es conveniente cambiar de terminología y en vez de penas o sanciones decir “correcciones”.

O sea, la moral es un elemento sustantivo y no adjetivo en la función notarial. Por eso sorprende que en Costa Rica la licencia sea vitalicia, pues mientras se exigen altos estándares morales para conseguirla, no se exigen altos estándares morales para mantenerla, pues, aunque los órganos disciplinarios, sean administrativos o judiciales, a lo sumo pueden suspender a un notario 10 años por falta, pero nunca cancelarle la licencia. Por eso el elemento deontológico que se le exige al notario es **esencial** no adjetivo. “En algunas profesiones, el componente deontológico es uno más a considerar para un correcto ejercicio de la misma, junto con el científico, el organizativo, etc. Es un elemento “natural” a tener en cuenta por cada profesional. En nuestra profesión, sin embargo, estamos ante un elemento ‘esencial’ de la misma” (Delgado de Miguel, 1998).

A esta doctrina reciente, hay que agregar la posición de la Iglesia Católica sobre el tema, en boca de Pío XII (1998), cuando se refiere al notariado latino: “El prestigio y la autoridad que suele unirse al ejercicio de una profesión liberal supone en el intercambio la presencia de dos condiciones: Una competencia técnica reconocida y una integridad moral indiscutible. Estas cualidades, el notario deberá poseerlas sobre todo en el momento en que se convierte en intermediario oficial en-

tre el particular que recurre a sus servicios y el orden jurídico de que se hace intérprete". De hecho, esto se refleja en la rigurosidad de los diferentes sistemas disciplinarios a que están sometidos los notarios y los abogados, y a la conducta de los órganos de fiscalización: mientras el Colegio de Abogados solo es reactivo, puesto solo actúa a petición de parte, la Dirección Nacional de Notariado es reactiva y proactiva, pues que ejerce función de inspección, actividad en la que no incurSIONA el Colegio de Abogados y Abogadas.

Es por el carácter de fedatarios públicos que esta exigencia es la primera y mayor que se le hace a un notario, la doctrina nacional más señalada así lo indica (Jiménez Carmiol, 2003):

"Los Notarios Públicos ejercemos la función pública de fedatarios, es decir, damos fe de hechos y contratos a solicitud de personas interesadas y la consecuencia de nuestra fe pública es lo manifestado bajo esas condiciones, tiene carácter de plena prueba, y es susceptible, entre otras cosas, de inscribirse en Registros Públicos y usarse como prueba privilegiada ante los Tribunales de Justicia. Se presume, espera y exige de los Notarios Públicos en el ejercicio de la función, una conducta que sea ejemplo de honradez, altos principios morales y éticos, rectitud, confiabilidad, decencia, y en términos generales que produzca credibilidad y confianza de parte de los ciudadanos".

Las faltas de un abogado no quebrantan la confianza pública, las faltas de un notario debilitan la fe pública que es depositada en ellos. La primera es función privada, la segunda pública.

El requisito de "**Buena conducta**" se prueba aportando una declaración jurada que indique que el solicitante no tiene los impedimentos de ley (artículos 4, 5 y 10 inciso f. Código Notarial). Según estas normas no pueden ser notarios los condenados por delitos contra la propiedad, buena fe, administración de la justicia, confianza pública o delitos relativos

a la **Ley sobre estupefacientes**, y el "...impedimento regirá por todo el plazo establecido en la sentencia condenatoria, sin posibilidad de ser disminuido por los beneficios que, de conformidad con la legislación procesal penal, puedan otorgarse al condenado" (artículo 4 inc. c. Código Notarial). Tampoco pueden ser notarios los concursados<sup>1</sup>, quebrados ni en estado de interdicción (artículo 4 inc. e. Código Notarial). El Código Notarial mantiene la vieja terminología de "estado de interdicción", pero hay que recordar que de conformidad con la Ley 9379 del 18 de agosto del 2016 ahora la figura es **salvaguardia**, y en este caso habría que atenerse a lo que indique la sentencia que declare al salvaguardia, que bien podría autorizar el trabajo, con base en un dictamen médico-forense. Adicionalmente se le exige al solicitante la publicación de un aviso o edicto en un periódico de circulación nacional y en La Gaceta, donde se invita al público a informar de "...hechos o situaciones que afecten la conducta del interesado para el ejercicio de la función notarial" (artículo 11 Código Notarial). También se solicita una certificación del Registro Judicial de Delincuentes sobre los antecedentes penales del solicitante (artículo 11 Código Notarial), que si bien es cierto es potestativo de la Dirección Nacional de Notariado, lo cierto es que lo hizo obligatorio, en este caso dicho Registro solo enervaría el otorgamiento de la licencia si el solicitante se encuentra condenado por alguno de los delitos señalados en el artículo 4 inciso c. del Código Notarial (ut supra), y no ha cumplido la totalidad de la pena, señalando que no se beneficia, para efectos de la licencia, ni de la ejecución condicional ni de la libertad condicional. En cambio, para ser abogado el único impedimento que hay es no estar inhabilitado para el ejercicio de las profesiones liberales y cargos públicos, ni estar cumpliendo condena penal por delito (artículo 3 Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica). En este caso, la inhabilitación solamente se aplica mientras

<sup>1</sup> Una persona "concurada" no está en posición de la imparcialidad necesaria para el ejercicio del cargo, y podría prevalerse de él para solventar sus carencias económicas.

el condenado esté en la cárcel, y es rehabilitado cuando sale, aunque sea bajo el régimen de libertad condicional, circunstancia que no opera en el caso de los notarios. Para la incorporación del abogado no es requisito la presentación de ninguna publicación o edicto que permita a la ciudadanía reportar la conducta del solicitante, y podría incorporarse un quebrado, concursado y hasta un declarado en salvaguardia. De hecho, la declaratoria de interdicción (salvaguardia) es causal expresa de inhabilitación como notario, pero no así como abogado (artículo 4 inciso a y e. del Código Notarial). En la práctica lo que ha sucedido es que cuando un abogado resulta en estado de interdicción (hoy salvaguardia) el Colegio de Abogados y Abogadas, con criterio de justicia, colabora económicamente con el abogado, recurre al Fondo de Mutualidad y Subsidios, pero le mantiene la licencia. Con los notarios sucede al revés, pues los impedimentos se convierten en causales de inhabilitación cuando son sobrevenidos (artículo 4 inciso a y e. Código Notarial) y el notario declarado en estado de interdicción (salvaguardia) no recibe ningún subsidio.

2. Otro requisito para obtener la licencia de notario público es "No tener impedimento legal para el ejercicio del cargo" (artículo 3 inciso b. Código Notarial). Estos impedimentos pueden ser de dos tipos: los establecidos en el artículo 4 Código Notarial o las inhabilitaciones judiciales. El artículo 4 Código Notarial establece impedimentos con contenido moral (artículo 4 incisos c, d, e Código Notarial), e impedimentos más bien de orden organizativo (artículo 4 incisos b, f y g) o de condiciones personales necesarias para la dación de fe pública (artículo 4 inciso a. Código Notarial), pero en este caso, también existe una diferencia entre notarios y abogados: un ciego puede ser abogado pero no notario (artículo 4 inciso a. Código Notarial, artículo 6 inciso 1 Reglamento Interior del Colegio de Abogados y Abogadas), pues en esta materia solo la incapacidad mental es impeditiva. Para comprometer al solicitante con su condición moral es que se le solicita una

declaración jurada de que no posee ninguno de estos impedimentos (artículo 10 inciso f. Código Notarial), además, por medio de edictos se le pide al público que reporte la existencia de impedimentos, pues perfectamente pueden existir impedimentos no registrados en el país, por ejemplo una condena penal en el extranjero.

3. "En cuanto a los requisitos que deben cumplirse para poder ejercer el notariado, la mayor parte de la doctrina los clasifica en aquellos relativos a aspectos físico, a aspectos morales y a aspectos intelectuales" (Ayub Rojas, 1999). Para ser notario se requiere ser abogado (artículo 3 inciso c del Código Notarial)<sup>2</sup>, salvo en el caso de los notarios consulares, que lo son por ministerio de ley (artículo 14 Código Notarial), mientras que para ser abogado no se requiere ser notario. Lógicamente, tal y como están organizadas ambas profesiones actualmente en el país, el derecho de fondo se aprende como abogado, y el de forma como notario, y ambos en las universidades, con la diferencia de que actualmente se exige un postgrado en Derecho Notarial y Registral (artículo 3 inciso c. Código Notarial) para obtener la habilitación como notario. La Dirección Nacional de Notariado mediante Resolución N° 1611 del 04 de agosto del 2004, interpretó: "aclarando que el grado académico mínimo para ser Notario Público es el de Especialista en Derecho Notarial y Registral". Mientras que para ser abogado el Colegio solo le exige al incorporando una Licenciatura en Derecho, a pesar de que la ley no exige la licenciatura (artículo 2 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas), el curso de Deontología Jurídica y aprobar el examen de incorporación. Lamentablemente la Dirección Nacional de Notariado no exige ni curso de Deontología ni examen de habilitación, lo que constituye una seria falencia. Dentro de las aptitudes intelectuales: "Se exige título

2 "El notario público activo, es también un profesional en derecho, debidamente incorporado al Colegio de Abogados y Abogadas y habilitado para el desempeño de ambas actividades, que en algunas ocasiones coinciden o coexisten en la atención de un mismo asunto". (Directriz N° 015-99, CONSIDERANDO VI)

universitario de abogado, expedido o revalidado..." (Gattari, 1997). El notario es un jurista, alguien que sabe Derecho, por eso, en el medio costarricense, resulta inseparable la condición de abogado de la condición de notario, a pesar de los inconvenientes que esto tiene para el servicio, puesto que muchas veces se confunden los roles. De hecho, si un profesional es suspendido como abogado es inhabilitado como notario, pero si es suspendido o inhabilitado como notario, no lo es como abogado, al menos por la misma causa. Jiménez Carmiol solicitó, ante la comisión que analizó el proyecto de Código Notarial, que sobre este tema no quedara duda, pues señaló que en el artículo 148 debe aparecer, expresamente, que cuando un abogado es suspendido, sea suspendido como notario porque le falta un requisito para ser notario (el ser abogado)<sup>3</sup>.

Al aspirante se le exigen requisitos académicos (título de notario), profesionales (título de abogado) y otros requisitos. Las universidades únicamente tienen competencia para extender títulos académicos. De acuerdo con nuestra legislación, los títulos académicos no autorizan por sí mismos el ejercicio de una profesión, pues además de dicho crédito, el aspirante debe incorporarse al colegio profesional respectivo. En Costa Rica, es el Colegio de Abogados y Abogadas el que otorga el título profesional de abogado, que, a su vez, es requisito para obtener el título profesional de notario<sup>4</sup>. Tan es así que, una persona que tiene el título académico de licenciado en derecho y el título académico de notario, si no está incorporada o no tiene la licencia otorgada por la Dirección Nacional de Notariado, puede tener responsabilidad penal bajo el tipo de intrusismo profesional o ejercicio ilegal de la profesión,

sancionado por el artículo 322 del Código Penal. Cuando un notario es temporalmente inhabilitado por razones disciplinarias o penales, no pierde el título académico, solamente se le suspende el título profesional, no deja de **ser** notario, pierde temporalmente la **capacidad de actuar**. Quien otorga la licencia notarial habilitante (título profesional) es la Dirección Nacional de Notariado, no la universidad. "Siendo como son, los diplomas, certificados de idoneidad universitarios, escolares o de otra índole solamente **académicos** y no **habilitantes**. Esta calidad la adquieren por decisión de la autoridad de contralor o disciplinar y ello se acredita en el punto de partida que es la anotación o inscripción en un elenco, lista o matrícula, oportunidad en que se demuestra el cúmulo de requisitos o condiciones necesarios para darle comienzo, por regla general, lucrativo. Esta aceptación asignando calidad de **habilitante** al certificado o diploma **académico** es una función del Estado" (Martínez Segovia, 1989). (Resaltado original)

Adicionalmente, una de las novedades del Código Notarial vigente es la exigencia de que para ser notario se requiere un postgrado en Derecho Notarial y Registral. Esta fue una condición introducida en la Ley el 22 de noviembre de 1998, que se impuso a los notarios, motivada en el hecho evidente de que los problemas de los notarios eran, también, de orden técnico. Pero cuya exigencia se pospuso por 5 años, hasta el 22 de noviembre del 2003 (Transitorio VII Código Notarial), por presión de los estudiantes de Derecho de la época. Sobre este tema Vega Salazar (s.f.), en su condición de vicepresidente de la Unión Costarricense de Abogados, señaló en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa el 9 de agosto de 1988: "...una vez que se obtenga el título de licenciado en Derecho, la Universidad de Costa Rica debe dar un curso de postgrado por uno o dos años de derecho notarial". Estos requisitos deben ser satisfechos por todos los aspirantes al ejercicio del notariado, como lo

3 Expediente Legislativo N° 7764 Folio 1644- 6/11

4 En Costa Rica los notarios tienen el doble rol de notarios y abogados, los primeros disciplinados por la Dirección Nacional de Notariado y los segundos por el Colegio de Abogados y Abogadas "... las responsabilidades en uno y otro ámbito son excluyentes" Arias Sancho, M. y otra. (2001). La Dirección Nacional de Notariado como ente rector de la actividad notarial en Costa Rica. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Pág. 235



ha señalado la Sala Constitucional<sup>5</sup>.

4. El problema es que en el imaginario colectivo entre abogado y notario no hay diferencia. Pero técnicamente se trata de dos profesiones que, aunque conexas (una es requisito de la otra), son independientes. Hay "...confusión entre abogado y notario. Y al nombrarse un abogado trata de sobreentenderse que también se cuenta con los servicios notariales. La realidad es que son dos funciones perfectamente definidas e independientes una de la otra, por lo cual deben remunerarse por aparte" (Torres Vicenzi, 1996). No solo lo concerniente a la remuneración debe tratarse por aparte, sino el tipo de relación que debe tener cada profesional con los requirentes (clientes o comparecientes).

5. El hecho de que para ser notario se necesita ser abogado, explica por qué de los 35.000 abogados que hay, solamente 10.700 ejercen el notariado, es decir, la relación nunca podría ser invertida. Desde luego las causas de este fenómeno son diversas, pues hay abogados que no pueden ejercer el notariado porque son jueces, empleados públicos o simplemente porque no desean ejercer el notariado, pero también están los que tienen impedimentos éticos para ser notarios, pero no para ser abogados.

## **b) Inhabilitación por pérdida de la condición de abogado.**

Esto tiene una implicación en materia de habilitación. Si un abogado renuncia a la colegiatura (artículo 4 Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas) o es suspendido o inhabilitado como abogado, automáticamente es inhabilitado como notario (artículo 148 Código Notarial), salvo en el caso de los notarios consulares, que lo son por ministerio de ley y no por cumplimiento de los requisi-

5 "... no es posible permitir que un notario que no cumple con los requisitos legales ejerza su profesión, ya que, en caso contrario, se estarían creando odiosas discriminaciones en perjuicio de aquellos que sí satisfacen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico" (Sala Constitucional, voto 2000-07874)

tos (artículos 3 y 14 Código Notarial). Se trata, en este caso, de una inhabilitación y no de una suspensión, pues no tiene carácter sancionatorio, sino que es la pérdida temporal de la licencia por la falta de un requisito (la abogacía)<sup>6</sup>. En cambio, si un notario es suspendido o inhabilitado, eso no implica la inhabilitación o suspensión automática de la abogacía, pues el notariado no es requisito para el ejercicio de la abogacía. La suspensión como notario podría convertirse también en suspensión como abogado, si la falta que la originó simultáneamente infringe alguna norma del **Código de Moral**, pero en ese caso, se requerirían, procesos diferentes. El decreto de suspensión emitido por la Dirección Nacional de Notariado o el Juzgado Notarial, podría servir de prueba ante la Fiscalía del Colegio de Abogados y Abogadas, pero la suspensión decretada en sede notarial no es de aplicación automática en la abogadil.

## **c) Ambas profesiones operan por delegacio-**

6 Existen tres diferencias claramente establecidas entre una inhabilitación y una suspensión. 1) La suspensión tiene carácter sancionatorio, mientras que la inhabilitación es la pérdida de la licencia por falta de un requisito. 2) La suspensión tiene plazo definido (se sabe cuándo termina), la inhabilitación es indefinida (termina solo cuando se cumple de nuevo el requisito). 3) Al concluir la suspensión, el profesional (abogado o notario) queda habilitado para el ejercicio profesional de pleno derecho, en cambio cuando se cumple el requisito que dio origen a la inhabilitación, la rehabilitación requiere resolución expresa. Sobre este tema dijo Alicia Bogarín en entrevista concedida el 11 de noviembre del 2004: "Si el Colegio suspende, la Dirección Nacional de Notariado inhabilita, porque si no habría doble sanción. Lo que hay es la pérdida de un requisito. Si el Colegio levanta la suspensión, tenemos que rehabilitarlo. La rehabilitación es constitutiva, requiere resolución, mientras que la suspensión es declarativa, de fecha a fecha, al concluir, el disciplinado queda rehabilitado de pleno derecho". También consúltense los Lineamientos "Artículo 88. ".....El cese forzoso acontece por vía del control notarial de competencia exclusiva de la D.N.N. y tiene su origen cuando sobreviene a su ejercicio una causal personal que suspende temporalmente la vigencia de la función en él, por no tener algún requisito, condición o que se encuentre en estado de inhabilitación legal, situación que por su naturaleza no implica una sanción. Tiene los mismos efectos respecto de la nulidad absoluta del acto o contrato: el instrumento no valdrá como tal. El cese sea voluntario o forzoso tendrá efectos registrales y publicitarios". Y el "Artículo 89. Rehabilitación. Se considera rehabilitado para ser y ejercer aquel notario el que estando cesado por resolución firme cumpla con todos los requisitos y condiciones que la ley le exige probar o bien que demuestre que la causa que motivó su inhabilitación haya desaparecido." Lineamientos: Resolución de la DNN de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

## nes diferentes.

1. Las funciones que desempeñan ambos profesionales responden a delegaciones distintas. El notario actúa siempre por delegación del Estado<sup>7</sup>, que es el titular originario de la fe pública (artículo 12 Código Notarial)<sup>8</sup>, es decir, aunque ejerza liberalmente su profesión lo hace en nombre del Estado;

“La investidura está a cargo del Estado., que por vía de delegación de facultades le impone una función a un profesional del derecho que reúne determinados requisitos legales. Es el Estado, de quien emana la delegación de la fe pública y de quien depende el registro cuya titularidad pone a cargo del notario, quien vela el contralor de aquellos profesionales que ha investido por ese atributo que le pertenece: fiscalizando la tarea que le compete a través —en determinadas materias— de los colegios notariales”. (Schnirman, 1998)

Por eso la investidura es competencia del poder administrativo, la extiende un órgano de naturaleza administrativa: la Dirección Nacional de Notariado, que es un órgano del Estado, es quien confiere el poder de la fe pública delegándola. En el caso costarricense no existe el Colegio de Notarios. El notario es “... un funcionario investido por el Estado de la fe pública extrajudicial en el orden civil (...) autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales” (Viguri Perea, 2000). Es delegación por la sencilla razón de que el Estado es el

7 Sobre este tema véase el siguiente texto sobre las FACULTADES DELEGADAS del notario “Entre las diversas facultades que el pueblo ha delegado en el gobierno, como parte de los derechos que constituyen y representan su soberanía, está la de poder investir a ciertas personas que ejercen profesiones consideradas como cargos públicos, del privilegio de compartir la fe pública, que es una pertenencia del Estado, y que sirve como medio para establecer la verdad entre el hecho y el derecho, con respecto a ciertos actos y procedimientos derivados de las relaciones de los ciudadanos entre sí o con el Estado o Estados nacionales y extranjeros y que afectan la capacidad de las personas, su estado civil, sus intereses, sus fortunas y hasta el honor y la tranquilidad de sus familias” (Paz, José Máximo, Op. Cit. Pág.51)

8 “FE PÚBLICA: Cualidad ínsita en los documentos e instrumentos emitidos por el Estado o por quienes éste autoriza, que resguardan la veracidad y seguridad de su contenido” (Gattari, Carlos Nicolás. Op. Cit. Pág. 73)

titular originario y único de la fe pública, que debe delegar porque materialmente no la puede ejercer en forma directa, pero la regula y controla. De tal manera que su objetivo es que se ejerza correctamente como si fuera el Estado el que lo hace. “La función autenticadora que tiene el Notario es monopolio del Estado” (Oviedo Sánchez, 2003). Además, esta función la delega el Estado en su propio beneficio: por economía procesal, pues por el carácter preventivo de la función notarial, el Estado evita muchos procesos. Al respecto ha dicho OTT (1998): “En el ejercicio de estas funciones que se le han atribuido, el notario contribuye en principio esencialmente a **descargar al estado de las funciones administrativas de justicia**, que de otro modo tendría que asumir él mismo” (Resaltado original). La justicia notarial es justicia preventiva, la justicia judicial es justicia restaurativa.

2. El abogado ejerce una función privada y parcial, aun cuando trabaje en el sector público, pues en todos los casos le corresponde representar a una de las partes, sea del sector público o del privado (artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas, 14-31-39 Código de Moral)<sup>9</sup>. Por eso los abogados tienen clientes, mientras que los notarios tienen rogantes, comparecientes, otorgantes, usuarios o partes.

3. En el sentido anterior, el notariado se define como una función pública<sup>10</sup>, ejercida privadamente<sup>11</sup>, es decir, liberalmente<sup>12</sup>, salvo

9 El código Deontológico del Colegio de Abogados y Abogadas se llama Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, que en adelante llamaremos Código de Moral.

10 Para VALLET el notario es “... un profesional que ejerce una función pública” (Citado por Delgado De Miguel, J.F. (1993). La función notarial. En: VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993. Consejo General del Notariado, México, Pág. 244

11 “... el notariado público es la función pública ejercida privadamente, es por medio de ella que se presumen ciertas las manifestaciones del notario habilitado legalmente que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él; por sí mismos producen los efectos jurídicos que deban derivarse de la voluntad de los otorgantes, y prueba de los hechos, situaciones y demás circunstancias que el notario haya dado en ejercicio de su función” (Directriz N° 001-99, CONSIDERANDO I)

12 Por eso PELOSI señala que “... la caracterización más adecuada es la de profesional del derecho encargado de

el caso de los notarios del Estado o los consulares (artículos 1-5c-14 Código Notarial). El Tribunal Supremo español indica que: “El notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente, de manera que realiza un oficio público — la llamada función certificante y autorizante — y un oficio privado— la que es propia de un profesional del derecho llamado a prestar tareas de pericia legal, de consejo o de adecuación—. Dos vertientes —privada y pública— que configuran una misma función, la notarial, dotándola de una especial coloración que la hace distinta de la una y de la otra” (Garrido Melero, 2004). Es decir, mientras la función notarial tiene naturaleza mixta, la función abogadil tiene naturaleza estrictamente privada. Mixta no significa que lo privado y lo público no estén jerarquizados, no quiere decir que sean equivalentes, Isotti (1979) sostiene que: “La investidura de oficial público prevalece en el notario sobre la figura del profesional liberal. Esto significa que él no representa a una sola de las partes (su cliente), sino a todas las partes contratantes, procediendo imparcialmente en el negocio jurídico que le es confiado. El representante también, en cierto sentido, al tercero no participante en la relación entre notario y cliente, porque también el notario debe resarcir al tercero de los daños que hubiere provocado con su error”. Con respecto a sus otorgantes el notario tiene responsabilidad contractual conforme al artículo 702 del Código Civil, con respecto a los terceros no comparecientes tiene responsabilidad extracontractual a tenor del artículo 1045 del Código Civil. Figueroa Márquez (2004) expresa mejor esta doble condición del notario: “Posee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional del notario y de la documentación notarial al servicio de

la sociedad; y por otra parte, es autónoma y libre, para que el notario la ejerza, actuando con fe pública”. Es un profesional liberal que ejerce una función pública.

4. La abogacía se define como una función privada, independientemente de que sea ejercida en el sector público o privado, porque no es el régimen de empleo lo que la define, sino el régimen de representación. A diferencia del abogado “El notario es el principal servidor público de la actividad fedataria, por delegación del Estado reviste de credibilidad ciertos documentos contentivos de negocios o hechos jurídicos que redacta o revisa, cuya conservación asegura en el protocolo y reproduce en copias auténticas de gran fuerza probatoria (escrituras públicas), presta asesoría ético-jurídica absolutamente imparcial a las personas que demandan el servicio a su cargo y se erige en el guardián del derecho y administrador de la justicia no contenciosa en determinadas relaciones jurídicas” (Ortiz Rivas, 1993). El abogado no es un servidor público, pues no ostenta poderes que exclusivamente le pertenezcan al Estado, como sí sucede con los notarios, cuya delegación les viene de las potestades del Estado, titular de la fe pública originaria.

5. Por eso, en algunos países, la función de notario y abogado es excluyente, por el conflicto que se deriva del hecho de que ambas funciones se conjuguen en una sola persona, pues representan intereses diversos. En países como Costa Rica la abogacía y el notariado están unidos, lo que no deja de significar un conflicto funcional de intereses, por eso hay proyectos de ley que han pretendido hacer ambas funciones incompatibles.

“... no es posible pensar en la conjunción de las labores del notario y del abogado, es importante reflexionar sobre la separación de estas dos funciones: abogado y notario, puesto que resulta difícil concebir las dos en una sola persona; el abogado actúa en casos en donde existe contienda, donde se pretende que el interés de uno prevalezca sobre el de otro, en tanto que el notario se

---

una función pública” (Pelosi, C, (1980). El documento notarial. Ed. Astrea, Bs. As. 1980, Pág. 176).

encarga de crear, objetivamente, ese interés; en otras palabras, si el abogado con su intervención busca que los tribunales impartan justicia, dándole a cada quien lo suyo, el notario con su intervención buscará determinar qué es lo suyo de cada quien” (Figueroa Márquez, 2004) (resaltado original).

De hecho, la tesis que estamos tratando de desarrollar es la incompatibilidad deontológica entre el notariado y la abogacía (ver cuadro comparativo al final del artículo que aparecerá en la II Parte del artículo).

#### d) Imparcialidad.

De este principio se deriva la principal diferencia deontológica entre un abogado y un notario<sup>13</sup>: el notario es imparcial (artículo 35 y 168 Código Notarial), mientras el abogado es parcial (artículos 14-31-39-44 Código de Moral), por la naturaleza misma de la función que realiza. Por eso es que un abogado no debe usar como pruebas documentos que ha autorizado como notario. Esto es una consecuencia del régimen de prohibiciones, pues **en esta materia hay un interés contrapuesto entre ambas profesiones**<sup>14</sup>. Lo que en un notario es una virtud (la imparcialidad) puede constituir un vicio en un abogado, pues la “imparcialidad” del abogado puede

13 “...el principio de imparcialidad, que tanto nos separa del ejercicio puro de la abogacía” Pérez Montero, H. Op. Cit. Pág. 5

14 “La imparcialidad es presupuesto ineludible de su función, recogido en todas las legislaciones Notariales de tipo latino, zanjando una clara diferencia de la función del abogado. /// (...) La ética del abogado y la del Notario riñen; el abogado actúa profesionalmente cuando defiende a su cliente, cuando patrocina adecuadamente una causa con todos los recursos que la ley le ofrece; el Notario es juez entre las partes”. Mora Vargas, Herman. Op. Cit. Pág. 96-97. “...es requisito inevitable que quien ejerce estas funciones sea de reconocida capacidad y solvencia moral y que sus actuaciones sean de esa misma naturaleza. En la mayoría de los países que siguen este sistema, quien ejerce como Notario Público se encuentra inhibido para actuar simultáneamente como abogado, pues se las considera actividades antagónicas, ya que el Notario Público debe ser imparcial mientras que el abogado, por naturaleza, representa y defiende a su cliente” (Jiménez Carmiol, Marco Antonio. Op. Cit., Pág. 5) En el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino de Lima 1981, consideró: (En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs As, 1998 se dice taxativamente que “Debe considerarse incompatible con la actividad del Notario el patrocinio procesal en materia contenciosa” (Pág. 637)

revestir diferentes formas (doble patrocinio o patrocinio infiel), el abogado es parcial por definición, siempre representa a una de las partes.

### 1. ¿En qué consiste la imparcialidad?

La función notarial es una función pública, por lo que el notario es facultado con la autoridad del Estado, no actúa en nombre propio sino en nombre y por delegación del Estado. Esta autoridad es ejercida de forma imparcial e independiente, constituye una función pública ejercida **privadamente** (artículo 1 Código Notarial) y no está situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado. El notario actúa por delegación del Estado, y, en consecuencia, “el notario deberá ejercer su oficio manteniéndose fiel a su juramento. No es representante de una parte, sino asistente imparcial de todos los interesados”, (GAUPP, 1998). El artículo 168 del Código Notarial, que es el juramento a que están sometidos los notarios, les exige “Ejercer el notariado en espíritu y conciencia, con toda integridad, honestidad e imparcialidad” (Resaltado original), no solo objetividad sino sin desequilibrar la balanza.

Por eso: “Se afirma que no hay notario de parte” (Barrantes Gamboa, 2001). Celeste (2004) (Resaltado original) es más preciso al decir que “El ejercicio de la función notarial, por lo tanto, ya sea en lo que se refiere al desarrollo de las incumbencias de certificación o por lo que concierne a las actividades de adecuación y garantía, debe desarrollarse en condiciones de independencia e imparcialidad. En otros términos, el notario no debe ubicarse ni en defensa de una parte, ni súper partes, sino extra partes” (Resaltado original). No sorprende, entonces, que autores como García Cima (1997) consideren que la principal característica del notario es su imparcialidad, Lo que significa en un sentido riguroso, que a los usuarios de sus servicios no se les pueda llamar clientes sino comparecientes, rogantes, otorgantes o el neutro “partes” (que también se usa en la abogacía), porque se supone que los servicios notariales,

por lo regular, son requeridos por personas que tienen intereses diversos, y es en medio de ellos que el notario debe ejercer su función pública, para asegurar la transparencia del negocio: “La imparcialidad es verdaderamente la impronta más característica de la función del notario./// Es la que le propicia el respeto y la confianza que detenta en la comunidad./// Porque el notario latino, se halla equidistante de las partes en los otorgamientos, no tiene clientes sino comparecientes”. El notario no es parte, es oficiante, es un tercero, fiel de la balanza. El abogado siempre será abogado de parte. “El notario es, debe ser, un tercero imparcial frente a las partes, es un tercero en virtud de que no tiene intervención ni está involucrado en los hechos o en los actos jurídicos de lo que debe dar fe, o a los que debe de revestir de las formalidades o con las solemnidades legales, según sea el caso, o a los que debe estructurar dentro de un marco de legalidad, haciendo con esto posible las finalidades de las partes. (...)” (Figueroa Márquez, 2004); su misión lo sitúa por encima de las diferencias entre los comparecientes, y solo actúa cuando logran superar estas diferencias, o cuando ya comparezcan convencidos.

A veces el problema se presenta por la forma en que se caracteriza el notariado. El artículo 1º Código Notarial es claro al decir que “El notariado público es la función pública ejercida privadamente”. En este aspecto es donde puede colisionar la imparcialidad con los intereses que rondan a su alrededor. Garrido Cerda (1995) lo ve de la siguiente manera: “... la imparcialidad es un principio que afecta a la naturaleza privada del ejercicio profesional. No se puede hablar de imparcialidad respecto al ejercicio de la función pública, regida por otros principios, como la verdad y el de aplicación estricta de la ley. /// Es pues la función social y privada del Notario el campo específico de la imparcialidad: su actividad jurídica o profesional, sus misiones de consejo y de adecuación necesaria, su jurisprudencia cautelar”.

La dogmática extranjera se pronuncia en el

mismo sentido, baste reproducir el artículo 7º del Decreto Ley 960 de 1970 de la República colombiana que señala: “el notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliadora”. No solo debe ceñirse a las normas jurídicas, sino que debe ponerse en posición de servidor de todos los otorgantes, por igual, en “actitud conciliadora” que es precisamente la que sustenta la verdadera imparcialidad, pues, le permite trabajar para que las partes superen sus diferencias de enfoque, y si no las superan, el servicio es denegado por falta de voluntad negocial de las partes. El notario solo puede actuar dónde hay acuerdo, en términos jurídicos.

Aunque no existe una única definición de lo que es la imparcialidad, pueden encontrarse aproximaciones como la siguiente: “La imparcialidad es una de las columnas en que se apoya la función notarial. Se le define como “falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud. Ese deber proviene de la justicia distributiva: todos tienen derecho a un documento auténtico, legal y justo.” (Márquez González, 1998). Imparcialidad y veracidad son las columnas principales que sostienen el notariado, aunque no las únicas.

La objetividad notarial tiene dos pilares: la imparcialidad y la independencia (artículo 35 Código Notarial). Tanto la una como la otra son rasgos funcionales sin los cuales no se concibe el notariado latino “La imparcialidad, así entendida, no solamente es una obligación del Notario. Es una condición objetiva, un requisito sin el cual no puede desarrollar su función privada, no, por tanto, su función pública. Mejor todavía que calificar de esencial a la imparcialidad del Notario, se puede decir que es una imparcialidad funcional, porque forma parte de su misma función de seguridad jurídica. /// Porque sólo así se puede lograr aquella seguridad jurídica integral, impregnada de los principios de Justicia y concepción social del Derecho”

(Garrido Cerda, 1995). Un ejercicio parcializado atentaría contra la seguridad en el tráfico de los negocios jurídicos. ¿Qué seguridad podría tener una persona que llega a hacer un negocio adonde un notario que lo sabe favorable a la otra parte? Esta objetividad funcional la otorga la naturaleza pública de la función. González, Presidente del Colegio de Abogados y Abogadas en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa que fue la que tramitó el Código Notarial, Subcomisión N° 6, el 14 de octubre de 1996 afirma: "... el notario no puede serlo de su cliente como abogado (...) ¿cómo voy a dar fe pública o a actuar como notario, si soy el abogado de la parte? La otra contraparte queda en desventaja"<sup>15</sup>. Es esta una forma de expresar la incompatibilidad funcional entre abogado y notario.

Esta objetividad-imparcialidad permea toda la actividad notarial, desde la rogación hasta la inscripción. "La imparcialidad notarial se relaciona con la justicia, la independencia con la autonomía funcional en el sentido jurídico señalado. Ambos deberes tienen una jerarquía concatenada y una axiología semejante: se refieren a valores esenciales del derecho notarial y la ética fedataria. La imparcialidad abarca toda la actividad notarial desde la llamada 'rogación' del servicio hasta la documentación autorizada". (Ortiz Rivas, 1993, subrayado agregado), equidistancia y eficiencia caracterizan su actuación, pues un notario no solo tiene el deber de autorizar únicamente actos acordes con el bloque de juridicidad, hacerlos bien e inscribirlos a tiempo, pues el tiempo también forma parte de la justicia y de la imparcialidad. Un notario que no es diligente ni oportuno en la inscripción, podría estar perjudicando a una de las partes y por ello podría estar incurriendo en diferentes responsabilidades.

Figueroa Márquez (2004) enumera una serie de características que debe tener la imparcialidad, al señalar que "... como característica primordial del notario, la imparcialidad,

resaltando las virtudes de ésta como son: a) El ser equitativo, es decir, dar a cada quien lo que le corresponde. b) Íntegro, es decir, de una perfecta probidad. c) Honesto, es decir, honrado, razonable, justo. d) Insobornable, es decir, que no admite remuneración extra por inclinar a su saber o hacer a ninguna de las partes. e) Ecuánime, es decir, que tiñe igualdad u constancia de ánimo hacia las partes e imparcialidad en el juicio que emite. f) Incorruptible, que no se puede pervertir, sobornar, ni abusar. g) Que es neutral, es decir, que procede con rectitud. En fin, que, por su proceder, en ciencia y conciencia, siempre actúa con moralidad, ética, razón, igualdad y objetividad hacia las partes que solicitan sus servicios" (subrayado original). Esta lista de características no estaría completa si no se incluye el régimen de incompatibilidades, la libertad de elección que el notario debe garantizar a los rogantes (nunca ponerse en situación de notario obligado, como los notarios bancarios o de algunas compañías de ventas de automóviles o desarrolladoras de complejos urbanos), la independencia, y sobre todo, que no se entienda la neutralidad como indiferencia ante las asimetrías de los comparecientes.

Finalmente hay que agregar que la imparcialidad no solo debe ser sincera, de fondo, verdadera, sino que también debe serlo de forma. El notario cuando actúa lo hace en nombre del Estado, y debe guardar su imagen de imparcial, porque con ella compromete la imagen del gremio entero. "La ecuanimidad e imparcialidad es exigida al punto de pedirle al notario o solo que sea, sino que también lo **parezca**" (SIRI, 1998) (Resaltado original).

## 2. Imparcialidad según el tipo de negocio.

Desde luego que la imparcialidad tiene diferentes expresiones según el tipo de negocio en el que el notario interviene. No es lo mismo levantar un acta notarial, sobre todo si versa sobre un hecho en el que no hay manifestación de voluntad, consignar una declaración jurada o un testamento, que cele-

<sup>15</sup> Expediente Legislativo N° 7764 # 4/11, folio 1238

brar un divorcio por mutuo acuerdo, donde las partes están pasando, generalmente, por una experiencia traumática.

Romero Herrero (1998) indica que "... la imparcialidad tiene diferencias claras según el notario actúe en un negocio bilateral o en un negocio unilateral. /// En el primer caso, negocio bilateral, la neutralidad o imparcialidad del notario implica que, como autor único del documento a suscribir por ambas partes, tenga consideración el equilibrio de las prestaciones, para lo que puede y debe penetrar en el fondo del asunto, incluso económico, de todo el negocio, incluso cuando el mismo venga predeterminado por la suscripción de un documento privado previo, generalmente incompleto en muchos aspectos, especialmente fiscales. /// Y en el segundo caso, acto unilateral, la neutralidad o imparcialidad del notario tiene una especial tinta, como nos dice José M<sup>a</sup> SEGURA, la preocupación por terceras personas que, sin ser parte, van a ser afectadas". No hay que olvidar que el notario lo es por delegación y en representación del Estado, de modo que debe velar tanto por los intereses del o los comparecientes, como de la comunidad en general. El suyo es un servicio público que no puede sustraerse de considerar el daño que puede provocar a no a los comparecientes (terceros) o a la sociedad en general, por ejemplo, cuando arriesga la fe pública.

### 3. Imparcialidad e incompatibilidades.

Los abogados no tienen incompatibilidades, pueden defenderse o defender a sus parientes más cercanos, pueden ser empleados públicos, trabajar por salario, tener parientes testigos, etc. eso no es extraño a su función. En cambio, el notariado latino considera que la imparcialidad no solo es un deber moral, sino que debe estar tutelada por una serie de institutos que van orientados a garantizarla. No es suficiente garantía la probidad del notario, sino que el Estado considera que ésta debe reforzarse con seguros que pueden actuar, precisamente, contra los notarios cuya probidad es dudosa. Existen controles preci-

samente porque algunos son transgresores. Además, para dar seguridad jurídica, el derecho ha creado las incompatibilidades, que son reglas orientadas a impedir que el notario caiga en tentaciones contra la imparcialidad. En general se encuentran en el artículo 7 de nuestro Código Notarial, bajo la denominación de "**prohibiciones**". Hay que señalar que el Código Notarial no distingue entre prohibiciones e incompatibilidades, pues son términos que suele usar indistintamente. Nos interesa, en este apartado, lo que esté vinculado con el tema de la imparcialidad.

Las prohibiciones contenidas en el artículo 7 del Código Notarial van orientadas a garantizar esta imparcialidad. Lógicamente el notario no puede autorizar actos donde tengan algún interés él, sus parientes o intérpretes. "... la prohibición se refiere a la autorización de actos o contratos; no incluye la extensión, por ejemplo, de certificaciones. Esto tiene su razón de ser, pues en dicho documento la labor de redacción del Notario se ve (o debería verse) limitada a la información que arroja la realidad de los asientos o documentos a certificar, siendo que el grado interpretativo o valorativo del Notario es mínimo" (Mora Vargas, 1999). En una certificación no hay ninguna valoración, ni siquiera mínima, pero sí hay fe pública, y las certificaciones no se emiten en abstracto sino "**A solicitud de...**", por lo que la prohibición no abraza el poder certificador, pero sí las demás actuaciones notariales.

De La Torre Díaz (2000) dice que "Esta imparcialidad se garantiza con una serie de incompatibilidades y de motivos de abstención en determinados actos. La primera incompatibilidad que tiene el notario es la del ejercicio de la abogacía, en la medida que si la ejerce perdería su imparcialidad, su labor de conciliación de intereses, su deber de consejo sin inclinarse a ninguna de las partes". Esa incompatibilidad que señala el autor, no existe en Costa Rica, lo que evidentemente ha sido fuente permanente de problemas con los abogados-notarios, pues esa incompatibilidad objetiva y funcional, propicia que

con frecuencia ambas profesiones entren en colisión. Por ejemplo, un notario no puede levantar un acta notarial que usará como abogado en un proceso judicial.

En el sistema costarricense las incompatibilidades se traducen en prohibiciones, también como impedimentos sobrevenidos (artículo 4 Código Notarial), los impedimentos sobrevenidos constituyen causales de inhabilitación. La tentación de los abogados de utilizar sus poderes notariales en beneficio de sus clientes es un riesgo para la imparcialidad. Las prohibiciones del sistema costarricense más bien apuntan a la independencia (artículos 4 inciso f. y 166 Código Notarial), a proteger la imparcialidad frente a las influencias familiares o negociales (artículo 7 inciso c. del Código Notarial).

La Unión Internacional de Notariado Latino entre sus Principios del Notariado Latino prescribe: "El notario debe cumplir su función de forma escrupulosamente imparcial. Se establecerán al efecto las incompatibilidades que se estimen pertinentes"<sup>16</sup>. Estas incompatibilidades a veces se revisten de incompetencias, sobre todo territoriales o funcionales, pero en Costa Rica no existen con relación al territorio por así determinarlo el artículo 32 del Código Notarial, pero sí la funcionales pues son puede ser funcionario público y notario a la vez como indica el Código Notarial en su artículo 4 inciso f. o bien no puede serlo en más de tres instituciones públicas a tenor del artículo 7 inciso e. del Código Notarial.

#### **4. Imparcialidad y libre elección.**

Aunque en el ordenamiento costarricense no se encuentra una norma que tutele expresamente la libre elección del notario, como mecanismo orientado a proteger la imparcialidad, sí existen normas que, en su conjunto, podrían tener este efecto. Por ejemplo, el carácter rogado de la función (artículos 6 y 36 Código Notarial) hace obligatoria la inter-

vención notarial<sup>17</sup>, con las salvedades indicadas en esos artículos. La rogación supone, por sí misma, la libre elección pues impide, por un lado, la acción del notario tendiente a elegir a los comparecientes, y por otro, lo inhibe de seleccionarlos cuando es requerido, como sucede con el juez que no puede elegir a los usuarios, pero no sucede con los abogados que están protegidos por el principio de libre aceptación de los encargos conforme al artículo 37 del Código de Moral del Colegio de Abogados y Abogadas, y esto se refleja en el hecho de que el notario tiene la obligación de motivar la negativa a dar el servicio, no así el abogado que puede libremente rechazar un requerimiento.

Hay abogados de planta, hay defensores públicos, hay fiscales, en esos casos no existe libre elección, pues, si bien se trata de funcionarios públicos en la mayoría de los casos o bien abogados de empresas, también lo es que les pagan para que sus servicios estén a disposición de determinadas causas, públicas o privadas. Pero sí existe libre elección con respecto al notario.

En otros ordenamientos se protege taxativamente la libre elección. El Reglamento Notarial español señala en el artículo 142.1 "Los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de Notario". Y el párrafo 4 agrega que "Lo Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual" (Garrido Cerda, 1995). Aquí se protege tácitamente al hacer obligatoria la rogación.

La práctica de algunas instituciones o empresas de tener notarios de planta (así creados por la Sala Constitucional mediante los

<sup>16</sup> En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs. As, 1998, Páginas 48 a 51

<sup>17</sup> "La libertad de elección de notario por el público, principio común con otras profesiones, tiene, sin embargo, a diferencia de éstas, un reverso: la obligatoriedad, por parte del notario, de prestar el servicio solicitado" (Romero Herro, Honorio. Op. Cit. Pág. 466)



votos N° 444-2000, 5417-2003 y 13672-2004) que imponen a sus comparecientes, lesiona la imparcialidad de los notarios. Desgraciadamente la Sala Constitucional no ha tutelado la libre elección, al permitir los notarios de planta o de remuneración fija (ver sentencia de la Sala Constitucional N°2000-444). Un notario impuesto tenderá a proteger los intereses de la empresa o institución a la que sirve. Afortunadamente, el notario por honorarios prevalece.

## 5. Imparcialidad y salario (independencia).

Un notario por salario es un empleado, aunque al salario se le llame retribución fija. Cuando hay retribución fija se configura un contrato laboral porque convergen los tres elementos que se requieren para que haya contrato laboral: salario, prestación personal y subordinación jurídica. De acuerdo con el artículo 18 del Código de Trabajo, el notario que recibe salario, está sometido a la subordinación jurídica, lo que pone en serio predicado la imparcialidad. Y aunque se tutelara la imparcialidad del notario por retribución fija, éste no estaría exento de las presiones que recibe por parte de su patrono, que se encuentra siempre en una situación de poder. El salario y la retribución fija (un eufemismo para no pagar cargas sociales) condicionan la imparcialidad y la independencia.

A pesar de que el artículo 166 del Código Notarial señala taxativamente que “Los notarios Públicos cobrarán honorarios...” norma que se ve reforzada por lo que indica el artículo 143 inciso f. del mismo cuerpo normativo que establece suspensión a los notarios que “No se ajusten a las tarifas fijadas para los honorarios notariales y cobren menos o se excedan en el cobro”, lo cierto es que se dan dos situaciones: la Sala Constitucional ha estado permitiendo los notarios por remuneración fija y por otro lado, están los cónsules y los notarios del Estado que solamente reciben salario<sup>18</sup>, pero cobran tasas en nom-

bre y por cuenta del Estado.

Que un abogado sea empleado no tiene nada de peligroso, su deber es defender los intereses del cliente que le paga. Un notario asalariado es un peligro por la función pública que ejerce. El notario de planta, en cambio, rompe con la concepción del notariado latino: se rompe el principio de rogación, el Estado podría adquirir responsabilidad objetiva por aplicación del artículo 1048 del Código Civil, se rompe la independencia y la objetividad.

El Código de Moral señala en su artículo 37 que los abogados “No deberán aceptar asuntos en que hayan de sostener tesis contrarias a sus convicciones”, la pregunta es: cuando labora bajo régimen laboral, ¿qué alternativas tiene?, ¿rebelarse? ¿renunciar? Precisamente el salario es una limitante porque los casos se aceptan oficiosamente. Lo mismo sucede con los defensores públicos y fiscales, que carecen de libre elección. Eso precisamente es lo que no debe pasarles a los notarios.

Jiménez Carmiol (1996) dejó establecido este aspecto en la Comisión Legislativa que estudió y dictaminó el Código Notarial: “... el empleado es un obstáculo para lo que es el ejercicio imparcial y objetivo de una profesión”. Ya con anterioridad había dicho que la Ley de Contratación Administrativa permite que los bancos e instituciones contraten notarios como asalariados “... eso no puede ser (...) sería violatorio del principio de imparcialidad (...) porque no podría ser imparcial quien es asalariado, trabaja para su patrono y así se estaría violando un principio esencial del notariado”.

---

consulares no reciben honorarios, reciben un salario, es un funcionario público, que es agente de comercio, agente de migración, es un agente judicial, etc. y además cumple función notarial. Tiene un salario base y una asignación por costo de vida, y cobra un arancel consular que recibe el Estado; estas tarifas se cancelan por medio de timbres. El salario incluye la función notarial”. En la entrevista con la Licda. Gladis Herrera Raven, Notaria Pública del Estado, de la Procuraduría General de la República, 15 de noviembre del 2004, dijo: “Un notario del Estado es un Procurador que lo pasan a desempeñar el cargo de notario”

18 En la entrevista que hicimos a la Licda. Xinia Vargas, jefa del Departamento Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 25 noviembre del 2004, dijo que “Los notarios

## 6. Imparcialidad, poder económico y tráfico masivo.

Pérez Fernández del Castillo (1993) había llamado la atención sobre los peligros que se cernían sobre los notarios con fenómenos como el reforzamiento del Estado y la masificación de la economía, hoy en proceso de globalización "... el notario se encuentra presionado por los intereses de los poderosos, sea el Estado o los grandes consorcios que, por su gran fuerza política y económica, tratan de doblegar la imparcialidad del notario a su favor. Esta presión es mayor cuando existe una relación de dirección y dependencia". Cuando se defienden intereses como abogado es legítima y deseable la dirección, no así cuando se ejerce el notariado.

El notario es un servidor de la justicia, y en su función pública no debe ligarse a intereses económicos de unos u otros sectores porque desnaturalizaría su función "... lo que nos califica, lo que nos distingue, lo que constituye nuestra razón de ser es la imparcialidad y la independencia, porque no estamos, o por lo menos no debemos estar, al servicio de ningún cliente en concreto, por importante y poderoso que sea, sino al servicio por igual de las partes, de la sociedad entera y sobre todo de la justicia" (Fraguas, 1974).

En el medio costarricense el fenómeno indicado se acentúa por la sobreoferta de notarios que tiene el país, que hace que la competencia por abarcar mercado obligue a muchos de ellos a aceptar condiciones que ponen en duda su imparcialidad. "La independencia —dice Ortiz Rivas (1993)— también cubre la totalidad del proceso notarial, pero debe ser un estado permanente antes, en y después del ejercicio de la función, en su aspecto económico puntualizado porque (...) la competencia desleal tiene como fuente principal la conquista del 'mercado' que se basa en la independencia pecuniaria del 'cliente'". La cantidad de notarios existentes: 10.700, para atender a una población de cinco millones y medio de habitantes, los obliga a aceptar condiciones por debajo de

las exigencias deontológicas: remuneración fija, contratos de adhesión, u honorarios por debajo del Decreto de Honorarios. En este aspecto la reiterada jurisprudencia tanto del Juzgado Notarial como el Tribunal Notarial (véase por ejemplo el voto 163-2020 del Tribunal Notarial) ha sido que debe cumplirse con las exigencias del artículo 143 inciso f del Código Notarial en cuanto la obligación de aplicar el Arancel de Honorarios, incluso dicho voto testimonió piezas para reportar a Tributación Directa a una notaria que estaba cobrando menos honorarios que los de ley.

Además, en una sociedad de consumo, el aspecto económico también condiciona otros temas relativos al ejercicio notarial: el prestigio y la disponibilidad de recursos para llevar una vida en el nivel que esta sociedad exige, por eso dice Fessler (1984) que "...el mayor peligro para su imparcialidad radique en la dependencia económica. Tal dependencia podrá existir ante todo frente a empresas grandes o, de todos modos, frente a los clientes, a los cuales el notario tendrá que agradecer la mayor parte de su actuación en autorizaciones. En ello no tendrán que entrar solamente puntos de vista económicos que amenazan la imparcialidad del notario, hay que añadir también el reconocimiento vinculado a ella, su satisfacción científica, su acrecentado prestigio social. Todos estos aspectos van dirigidos a puntos de contacto en su personalidad, es decir, constituyen pues, problemas, psicológicos". Entonces, ya no solo se trata del notario inserto en el mercado de servicios, sino del notario como consumidor y portador de una determinada imagen.

Dadas las características de la economía actual "...el notario en un afán de obtener más ingresos, en ocasiones se responsabiliza de patrocinar asuntos contenciosos que lo convierten en juez y parte, distrayéndolo y desvirtuando su ocupación de fedatario. /// Cuando el notario actúa debe hacerlo libre de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes y redactar los instrumentos con intereses distintos a los de la equidad, la justicia

y la seguridad jurídica”, (Márquez González, 1998). Un abogado, por su naturaleza parcial defiende intereses particulares de empresas o instituciones, esa es su función; pero que lo haga un notario contraría su función y naturaleza deontológica.

Otro aspecto que ha puesto en serio peligro la imparcialidad de los notarios es el tráfico mercantil masivo, tan usual en la economía actual, **sobre todo en lo relativo a los contratos de adhesión**. Generalmente hay un notario que participa en la redacción del contrato original<sup>19</sup>. Pero sobre el resto de los contratos, convertidos en fórmulas, el notario no tiene ninguna influencia, pues por lo regular su papel se circunscribe a autenticar las firmas, aunque técnicamente es responsable del contenido del contrato, a pesar de no ser su autor<sup>20</sup> ni tener el poder de modificarlo. CÁMARA ALVAREZ señala, refiriéndose a los contratos de adhesión y a la imparcialidad, que “... siendo especialmente el notario de la parte más fuerte el que redacta la minuta, debe procurar controlar **a priori** el texto del documento que se formalizará; debe ilustrar a la parte o partes menos fuertes sobre todas las consecuencias que se derivan del contrato y de las que muchas veces no serán plenamente conscientes; debe negarse a transcribir aquéllas cláusulas a las que falte la corrección o claridad debidas”<sup>21</sup>. Este precisamente es el problema, porque desde el momento en que se habla de “notario de la parte más fuerte”, ya se desnaturaliza la función notarial, pues no debe existir el notario de parte, así no está concebido el sistema. Igual sucede con el autenticador y tramitador de los subsiguientes contratos de adhesión, en los que si siquiera ha podido intervenir. Garrido Cerda (1995) apuesta a

19 “... la particularidad del contrato de adhesión —la existencia de una redacción impuesta por el contratante situado en posición superior—, es incuestionable que la labor notarial deviene disminuida, lo que no significa que el notario la tenga renunciada” (Sáenz Juárez, L. Op. Cit. Pág.63)

20 “Ante el contrato de adhesión, el notario debe controlar la licitud de las obligaciones de las partes, e ilustrar especialmente a quienes no han preparado su texto, sobre todos los efectos que el contrato está llamado a producir” (Sáenz Juárez, L. Op. Cit. Pág.67)

21 Citado por Sáenz Juárez, Luis Felipe. Op. Cit. Pág.63

la legislación para enfrentar este problema “La imparcialidad notarial no solo es formal, sino sustantiva, y en una sociedad masificada el Notario tiene que proteger, desmasificando, lo que requiere atención individual en cada caso. /// Lo que ocurre es que al Notario, aisladamente, le resulta imposible imponer criterios de justicia. De ahí que tenga que verse apoyado por disposiciones legales que se impongan a quienes pretenden actuar abusivamente”. Sin embargo, la pregunta es: ¿acaso la legislación actual no tiene suficientes normas como para exigir la imparcialidad del notario? ¿Es realmente un problema normativo? ¿Acaso no harán falta medidas adicionales que le garanticen la independencia económica al notario? Tampoco puede obviarse el problema moral. Afortunadamente las estadísticas de la Dirección Nacional de Notariado indican que solo una minoría de notarios sucumbe a la tentación de parcialidad y en consecuencia de lesionar la fe pública y la imparcialidad, quizá compelidos por la competencia desleal, véase al respecto el artículo sobre la competencia desleal entre notarios<sup>22</sup>.

La macro notaría o actividad notarial en el comercio masivo hace que los principios deontológicos cobren especial interés. El volumen de documentación autorizada puede despersonalizar el servicio y volver la asesoría y los principios de equilibrios casi inexistentes. Al contratante débil, en el comercio masivo, se le deja sin posibilidad de discusión contractual.

Y finalmente, con relación a este tema, no se pueden olvidar los consumidores, que son también comparecientes débiles en los contratos de adhesión. La imparcialidad también debería ser una garantía para ellos, pues esperan encontrar equilibrio en el notario, que, en caso de no otorgárselo, estaría incumpliendo sus deberes. El consumidor es el contratante débil que el notario debe proteger explicándole los alcances del negocio

22 <https://semanariouniversidad.com/opinion/la-competencia-desleal-entre-notarios/>

que va a realizar, especialmente el alcance de sus renunciaciones (artículo 34 inciso b. del Código Notarial).

## **7. Imparcialidad activa.**

En tanto el notario realiza una función pública, se convierte en un controlador de legalidad, y más que contralor, en garante de legalidad. El artículo 7 inciso d. prohíbe a los notarios "Hacer actos o contratos contrarios a la ley, ineficaces o los que para ser ejecutados requieran autorización previa, mientras esta no se haya extendido, o cualquier otra actuación o requisito que impida inscribirlos en los registros públicos". Aunque el Código Notarial recurre a una norma prohibitiva, resulta imperativa. En este sentido, el notario no es un simple reflejo pasivo de la voluntad de los comparecientes, pues, los moldea jurídicamente, y solamente autoriza el acto o contrato si esa voluntad corresponde a la voluntad jurídica. Por esto, una de las funciones del notario es calificar los actos que se le piden, y buscar dentro del ordenamiento la figura jurídica que más se amolde a la voluntad de los comparecientes.

Sobre este tema GARRIDO CERDA (1995) observa que "La imparcialidad del Notario es, en consecuencia, una imparcialidad activa, operativa, porque cualifica unas actuaciones positivas propias, derivadas de la autoría del documento, y no la pasiva recepción y ulterior representación de actuaciones ajenas y, en su caso, debe partir de la realidad de una posible desigualdad entre las partes, prestando al "contratante débil" la información, asesoramiento y consejo jurídico de que carece." O sea, el notario interviene tanto en la forma como en el fondo del negocio, por eso es el autor responsable de la totalidad del instrumento (forma y fondo). No solamente debe velar por adecuar la voluntad de las partes a las normas escritas, a la forma, sino también, como servidor de la justicia, debe autorizar actos en los cuales se produzca un equilibrio informado. La imparcialidad notarial dispone esto, no así la parcialidad abogado, dado que compete a los abogados la

obligación de velar solamente por los intereses de su cliente, pues su deber es "... poner en su defensa todos sus esfuerzos" (artículo 14 Código de Moral) y solo está obligado a procurar que sus relaciones profesionales se sitúen en el marco de la justicia (artículo 7 Código de Moral).

## **8. Imparcialidad y secreto profesional.**

¿Qué relación hay entre imparcialidad y secreto profesional?, eso pretendemos contestar en este apartado.

En razón de su cargo, el notario está obligado a guardar secreto profesional sobre todas las manifestaciones, confidencias y noticias que reciba, y que tengan naturaleza extraprotocolar (artículo 38 Código Notarial); esta es una obligación funcional. Existe la posibilidad que, en algún momento, el deber de imparcialidad colisione con el deber de guardar el secreto profesional. Ante dos valores en colisión ¿cuál escoger?

Por ejemplo, por razones funcionales, el notario conoce información de uno de los comparecientes, que es perjudicial al otro y que, si se lo revelara al otro, éste desistiría del negocio. ¿Debe advertir al otro? En este caso, lo prudente y ético es hacer desistir al otro del negocio, sin revelarle el secreto; en todo caso, debe negarse a autorizar el negocio excusándose por razones morales, tal y como lo indican los artículos 6 y 36 del Código Notarial.

La deontología notarial es un todo orgánico, cuyos elementos no están aislados. El deber de imparcialidad también se relaciona con el deber de guardar los secretos profesionales y ambos con el deber de información. Mientras el primero es un deber típico de la función notarial, los dos últimos son deberes que tienen todos los operadores jurídicos. La doctrina informa del tema así: "...otro problema bastante delicado: el de la colisión del deber de información con el deber de guardar el secreto profesional y el deber de imparcialidad del notario. En estos casos, el

notario ha de ponderar cuidadosamente los intereses de los contratantes”, (Kralik, 1982).

Agrega Kralik (1982) sobre este tema: “El notario, al informar a los interesados, tiene que observar la más estricta imparcialidad. En eso no es lícito hacer una distinción entre un viejo cliente y uno que se asome por primera vez en la notaría, ni favorecer al que le trajo el negocio al notario ni a quien le va a pagar. Eso explica que ambas partes están obligadas a pagar sus honorarios. El notario debe informar a todos los interesados en el negocio que autoriza, incluso a los que no firman el documento, siempre que acudan a él”. El problema se presenta cuando el deber de informar entra en contradicción con el deber de guardar secreto profesional, cuando no se pueden cumplir simultáneamente ambos, en aras de la imparcialidad.

Hay otro deber que el notario está obligado a cumplir: el de mantener el desinterés. Por el ánimo de ganarse unos honorarios no debe sacrificar el interés legítimo de los comparecientes. Los deberes notariales forman unidad, no es posible seleccionar los que se desea cumplir. Si entran en colisión tampoco se pueden seleccionar. Información, desinterés, imparcialidad y secreto profesional, forman una unidad, cuya salida deontológica, como se ha dicho, es la excusa para cumplir con todos esos deberes. La excusa más que un valor es un mecanismo para salvaguardar la imparcialidad, en este caso, por omisión obligada.

## **9. Imparcialidad no significa neutralidad.**

Al actuar por delegación estatal el notario está obligado a buscar el equilibrio entre las partes, mientras que el abogado no. El notario debe ser imparcial, si bien tal imparcialidad se expresa, igualmente, mediante la prestación de una asistencia adecuada a la parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra. De esta manera se obtendrá el equilibrio necesario para que el contrato sea celebrado en pie de igualdad.

El notario es un servidor de la justicia “El notario sirve a la justicia en tanto desempeña su oficio con imparcialidad, incluso reequilibrando a las partes que ostentan gran desigualdad o relación de superioridad-inferioridad” (Highton, 1998); no es un simple tramitador, ni un reflejo pasivo de las intenciones manifiestas de las partes. Por lo anterior debe cerciorarse, antes de autorizar el acto, que las partes están conscientes de sus alcances.

En países como Costa Rica, en donde impera el notariado latino, pero a la vez el subdesarrollo económico social, persisten desigualdades sociales muchas veces ofensivas. En estas condiciones, la imparcialidad cobra mayor importancia. En países, como los sajones, donde las desigualdades no tienen los mismos niveles de asimetría resulta más frecuente encontrar comparecientes en igualdad relativa. “El deber de imparcialidad es especialmente significativo en los países subdesarrollados, donde existe analfabetismo e ignorancia del derecho, toda vez que las personas requieren de un especial asesoramiento y protección jurídica” (Pérez Fernández Del Castillo, 1993). En el mismo sentido otro autor señala que la imparcialidad “... también hay que practicarla principalmente con el cliente subdesarrollado, con la pobre viuda, voluble e irresoluta, que no sabe lo que quiere, con el que atraviesa una grave crisis económica, con los matrimonios desavenidos, y con esta juventud impaciente, audaz y extraviada, procurando corregir el ademán airado, la palabra violenta o la impronta de la insumisión” (Faus Estevebe, 1974).

La Unión Internacional de Notariado Latino ha establecido clara y sintéticamente el siguiente principio del notariado latino “El Notario debe ser imparcial, pero extremando su diligencia respecto del contratante más débil”<sup>23</sup>. El Código Notarial es omiso en ese sentido, pero la Sala Constitucional ha sido reiterativa en cuanto a la interpretación del artículo 33 de nuestra Carta Magna que

<sup>23</sup> En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs. As, 1998, Pág. 637

dispone que "... no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana".<sup>24</sup> Diversos fallos han consagrado el principio de justicia distributiva, ya enunciado por Aristóteles "a los iguales, igual; a los desiguales, desigual", que en el lenguaje constitucional costarricense se ha traducido: **En igualdad de condiciones jurídicas, igual trato jurídico; en desigualdad de condiciones jurídicas, desigual trato jurídico.** Evidentemente, a un compareciente débil económica, psicológica, intelectual, funcional o políticamente, debe dársele desigual trato, y el equilibrio consiste en velar que el fuerte no se aproveche de la debilidad de la otra parte. La función del notario en este caso consiste en darle la debida información y en no autorizar un acto abiertamente lesivo para el interés del débil y, cuando menos, que el débil otorgue un consentimiento informado.

Según Delgado De Miguel, (1993) el significado de la imparcialidad es el siguiente:

"El notario debe ser imparcial, pero ello no significa que para el Notario "todos los otorgantes sean iguales". Cuando hablamos de igualdad de los otorgantes ante el documento estamos suponiendo la **imparcialidad** del Notario en cuanto a su actuación, pero no la imparcialidad "formal" sino "sustantiva" en terminología de Rodríguez Adrados, "tendente, dice, a corregir la inferioridad del llamado contratante débil (débil en medios económicos, en experiencia, en conocimientos y asesores jurídicos) para situarlo en condiciones de defender sus propios intereses. Es decir, situándole en condiciones de igualdad con la otra parte contratante a efectos del otorgamiento, conocimiento del mismo y de sus consecuencias jurídicas y económicas"

Al respecto Honorio Romero (1989) agrega que "En los asuntos en que exista una evidente desproporción de asesoramiento previo en las partes del negocio jurídico, pensemos en préstamos de las entidades de crédito o

compras de pisos a grandes constructoras, el notario debe explicar el alcance y efectos del mismo hasta que la parte menos informada tenga pleno conocimiento de todo ello. Es una labor imprescindible para el correcto ejercicio de la función notarial. El principio de igualdad implica tratar desigualmente lo desigual". Sobre este tema de la imparcialidad se terminará citando nuevamente a Romero Herrero (1998):

"El asesoramiento propiamente dicho: es el que el notario ha de prestar de oficio a aquella de las partes que lo precise y que aparezca en situación de desequilibrio respecto a la otra, más poderosa, más culta o con asistencia jurídica propia. Asesoramiento específico que —como dice Mezquita— no choca con el deber de imparcialidad del notario, sino que constituye precisamente una manifestación del mismo, "la imparcialidad compensadora". Así, en esa "compensación" no habrá nunca parcialidad del notario; sino que cuando la habría es precisamente cuando no existiera, manteniéndose así el desequilibrio o desigualdad por la omisión o pasividad del notario. Y esta pasividad no sería imparcialidad sino "neutralidad", y no se puede ser neutral ante el riesgo de injusticia, fraude o abuso, ni ante la falta de libertad civil en la emisión de voluntad. Piénsese en el amplio campo que brinda —para este asesoramiento— la contratación en masa, con "minuta" impuesta, en el ámbito de un mercado, como es el financiero, tantas veces distorsionado por una publicidad sesgada".

Entonces, la imparcialidad no puede ser receptiva ni neutra, como algunos piensan, sino que debe ser una imparcialidad compensadora de las falencias del contratante débil, proactiva, por lo que debe procurar el equilibrio entre las partes, cumpliendo así los fines del Derecho, y evitando los abusos, como lo ordena el artículo 22 del Código Civil. El notario no puede ser un simple reflejo de lo que quieren las partes porque las partes bien pueden estar mal informadas del negocio, o bien condicionadas por la otra parte, por la parte que goza de alguna for-

24 Al respecto véanse los siguientes Votos de la Sala Constitucional: 4675-03, 2349-03, 4451-02, 11932-01, 5496-00, 5797-98, 1019-97, 2531-94, 1770-94, 1045-94, 316-93

ma de poder (económico, psicológico, intelectual, funcional o político). Por eso no es aceptable la afirmación de Figueroa Márquez de que la imparcialidad es solo formal y no sustantiva. Señala el autor mencionado que "Si el notario cumple con su deber de asesoría, no por eso desvirtúa su obligación de ser imparcial, pues podría decirse que se inclina por la parte más débil al aconsejarle y crearle conciencia que podría, en casos extremos impugnar el contrato por error o vicio en su voluntad; más bien cumple fiel y puntualmente con su obligación, pues debe informar a las partes (aun cuando la que confeccionó el contrato no lo necesite) sobre el valor y **consecuencias jurídicas** del contrato que celebran; no le corresponde al notario hacerles saber o explicarles el valor y **consecuencias económicas** del contrato que celebran, pues esto está alejado de su responsabilidad, si el notario explica el valor y consecuencias jurídicas, cumple con su deber de obrar imparcialmente, pues en su calidad de jurisperito, debe advertir de esta circunstancia y si, a pesar de ello, las partes deciden contratar, en el caso específico, la parte débil decida contratar, las consecuencias económicas debe tenerlas presentes, pues le tocará cumplirlas o sufrirlas en toda su dimensión". (Figueroa Márquez, 1995) (Resaltado original)

Precisamente, el compareciente más débil, por lo regular, lo es económica e intelectualmente. Salvo excepciones, el compareciente económicamente más fuerte es precisamente también, el más fuerte intelectualmente, y cuando menos tiene más probabilidades de estar mejor asesorado. Casualmente es el compareciente débil el que más soportará las consecuencias del acto, y el que necesita más de la función equilibrante del notario, de modo que las consecuencias económicas del negocio también deben ser explicadas. En este juego inter partes el notario no debe perder el norte de que realiza una función pública, por delegación del Estado.

Posiblemente más por falencia técnica que por otros motivos, la Sala Constitucional con-

funde imparcialidad con neutralidad: "Del notario debe exigirse, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actúe dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas"<sup>25</sup>.

## Bibliografía.

Carnellutti, F. (1954). La figura jurídica del notario. Tr. Sergio González. Editorial Reus, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VIII, Madrid.

Celeste, G. (2004). La imparcialidad del notario: garantía de orden contractual. En: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

De La Torre Díaz, F. (2000). Ética y deontología jurídica. Ed. Dykinson S.L., Madrid.

Delgado De Miguel, F. (1998). Pautas para la elaboración de aportes doctrinales, XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (1998) En: ARMELLA, C. (1998) (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilela Editor, Bs.As.

El arte notarial en México. (2004). Ed. Casa Aldo Manuzio, México.

Faus Estevebe, R. (1974). Examen de conciencia a los 100 años de la Ley. En: Jornadas Notariales de Poblet (años 1962-1971), con la colaboración de los colegios Notariales de Barcelona, Zaragoza, Valencia, Madrid, La Coruña, Valladolid, Sevilla y Brugos, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona.

Figueroa Márquez, D. (2004). La imparcialidad. Atributo de la función notarial. En: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

<sup>25</sup> VOTO N° 649-93 de la Sala constitucional de 14:45 horas del 9 de febrero de 1993

Fraguas, R. (1974). *Proyectos para el porvenir*, Jornadas Notariales de Poblet, Colegio de Notarios, Barcelona.

Frese, A. (1998). *Incompatibilidades e inhabilidades*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Garrido Cerda, E. (1995). *Funciones públicas y sociales del notariado*. En: XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín, 1995. Gráficas Minaya, Guadalajara.

Gaupp, R. (1998). *La importancia del Código deontológico notarial para clientes, colegas y estado*. En: XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (Ponencias de la delegación alemana) Bs.As.

Gómez Pérez, R. (1991). *Deontología Jurídica*. Ed. Universidad Navarra SA, Pamplona.

Guillo, M. y otros (1998). *Obligación de escriturar*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.III, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Highton, E. (1998). *El escribano como tercero neutral*, Rev. Not. 850-87, 1997. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Jiménez Carmiol, M. (1998). *Op. Cit.*, Pág. 5) En el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino de Lima 1981, consideró: (En: *Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino*. Bs As.

Larraud, R. y otros. *Curso de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires (1966).

Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de

la Unión Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires.

Mora Vargas, H. (1999). *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José.

Ortiz Rivas, H. (1993). *Ética Notarial*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

Ossorio, A. (1989). *El Alma de la Toga*. Ediciones Jurídicas EuroAmerica. Buenos Aires.

Paz, J. (1939). *Derecho notarial argentino*. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

Peisino, C. (1998). *Asesoramiento*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Peisino, C. (1998). *Imparcialidad*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Pelosi, C. (1980). *El documento notarial*. Ed. Astrea, Buenos Aires.

Pérez Fernández Del Castillo, B. (1993). *Ética Notarial*. Editorial Porrúa S.A., México.

Romero Herrero, H. (1998). *La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado*. En: *Ponencias del notariado español, al XXII Congreso Internacional de notariado latino*, Buenos Aires, 1998. Publicado por el Consejo General del Notariado Español, Madrid.

Schnirman, L. (1998). *Investidura*. En: Armella, C. (Directora). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comen-



tada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Siri, F. (1998). Competencia. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Buenos Aires.

Viguri Perea, A. (2000). Algunos aspectos de la actividad notarial como pilar fundamental del tráfico jurídico. En *Ars Notariae (El Arte Notarial)*, dirigido por Joaquín Serrano Yuste y otra. Ed. Fundación Caja Castellón-Bancaja.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764.

Carta de Álvaro Torres Vicenzi de 25 de octubre de 1996, en Expediente Legislativo N° 7764 # 5/11, folio 1365.

Carta de Álvaro Torres Vicenzi de 25 de octubre de 1996, en Expediente Legislativo N° 7764 # 5/11, folio 1350.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764 Folio 1644- 6/11

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764 # 2/11, folio 492. Intervención del señor Henry Vega Salazar.

## **Revistas.**

Arias Sancho, M. y otra. (2001). La Dirección Nacional de Notariado como ente rector de la actividad notarial en Costa Rica. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José.

Ayub Rojas, Z. y otras. (1999). Código Notarial: régimen disciplinario, historia, alcances y evolución. Informe de Seminario de Graduación presentado para optar al Grado de Licenciados en Derecho, en la Universidad de San José.

Barrantes Gamboa, J. (2001). La función notarial. En: *IVTITIA notarial y registral*. N° 2 San

José, Noviembre-diciembre.

Bhürmann, S. (1971). Revitalización de los valores esenciales del notariado. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Buenos Aires*. N° 796.

Calvo Masís, A. (2003). El papel del Ministerio Público en Materia Notarial. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Derecho, UCR.

Castillo Prado, M. (1987). Elementos subjetivos en la función notarial. Tesis de grado para optar el grado de Licenciada en Derecho, UCR, San José.

Delgado De Miguel, J. (1993). La función notarial. VI Jornada Notarial Iberoamérica, Quito. Consejo General del Notariado, México.

Fessler, H. (1984). El cometido Social de la Redacción Imparcial. *Revista Internacional del Notariado*, N° 80, Buenos Aires.

Figa Faura, L. El deber de consejo del notario. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 776.

García Cima De Esteve, E. (1997). Editorial de la *Revista Notarial*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. N° 73- 1997-1.

Garrido Melero, M. (2004). La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

Gattari, C. (1997). *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

<https://semanariouniversidad.com/opinion/la-competencia-desleal-entre-notarios/>

Icoden. Jiménez Carmiol, M. (2003). *LA NACIÓN*, 1 junio 2003, Viva

Isotti, A. (1979). El notario, profesional liberal. *Revista Internacional de Notariado*. N° 75, Buenos Aires.

Kralik, W. (1982). El deber de informar el notario. *Revista Internacional de Notariado*. N° 78, Buenos Aires.

Lamber, R. (1997). Dictamen Comisión de Consultas sobre Secreto Profesional. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 927.

Lasgna, J. (1975). Figura jurídica y función del notario. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 823.

Márquez González, J. y otro. (1998). La Deontología Notarial frente a los clientes, al colegio y al Estado. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 930.

Martinez Segovia, F. (1989). Responsabilidad disciplinaria. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 903

Ott, W. (1998). El notario como garante de la seguridad jurídica en la economía de mercado. XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (Ponencias de la delegación alemana) Buenos Aires.

Oviedo Sánchez, A. (2003). Delitos cometidos en sede notarial y su responsabilidad penal. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, UCR, San José.

Pérez Montero, H. (1981). Necesidad social de la imparcialidad del notario. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 854.

Pérez Sanz, A. (1991). El Notario y la Sociedad. *Revista Internacional de Notariado. Unión Internacional de Notariado Latino*. N° 87, Buenos Aires.

Pio XII (1998). Último discurso pronunciado al V Congreso de Unión Internacional de Notariado Latino (5-10-58). *Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino*. Buenos Aires.

Rodríguez Adrados, A. (1981). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 858.

Sáenz Juárez, L. (1984). La imparcialidad del Notario Latino en la Realidad. *Revista Internacional del Notariado*, N° 80, Buenos Aires.

Sandí Baltodano, G. (2002). La función notarial en Costa Rica. *IVSTITIA notarial y registral*. N° 3, San José, marzo-abril.

Trigo Represas, F. (2000). Responsabilidad civil del Escribano Público. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 937.

Trigo Represas, F. Responsabilidad de los abogados y escribanos. *Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, N° 870.

## **Resoluciones.**

Directriz Dirección Nacional de Notariado N° 001-99, CONSIDERANDO I

Directriz Dirección Nacional de Notariado N° 015-99, CONSIDERANDO VI

Lineamientos: Consejo Superior Notarial en sesión 002-2014 del 29 de enero del 2014

Lineamientos: Resolución de la Dirección Nacional de Notariado de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

Resolución de la Sala Constitucional 3932-95; 2000-07874; 4675-03, 2349-03, 4444-00; 4451-02, 11932-01, 5496-00, 5797-98, 1019-97, 2531-94, 1770-94, 1045-94, 316-93; 649-93; 5417-03

Tribunal de Notariado, Voto N° 46-2004

Tribunal de Notariado Voto N° 130-2001

Tribunal de Notariado Voto N° 24-1999

## Códigos y otras normas

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho (Código Deontológico del Colegio de Abogados y Abogadas) del 10/01/2005.

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=54060&nValor3=94777&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=54060&nValor3=94777&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código Notarial del 22/11/1998.

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683)

### **Entrevistas.**

Alicia Bogarín, Directora de la Dirección Nacional de Notariado, en entrevista concedida el 11 de noviembre del 2004.

Gladis Herrera Raven, Notaria Pública del Estado, de la Procuraduría General de la República, 15 de noviembre del 2004.

Jaime Weisleder, Presidente del Consejo Superior Notarial, el 24 de noviembre del 2004.

Oscar González, Magistrado de la Sala Primera, realizada el 1º de diciembre del 2004.

# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

Edición 13 / 1, Diciembre 2023

Costa Rica