

COMPARACIÓN ÉTICA JUDICIAL - ÉTICA NOTARIAL.

Comparison of judicial ethics - notarial ethics.

ALBAN BONILLA SANDÍ

- Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
- Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- 45 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 Catedrático de la Escuela Libre de Derecho.
- Ha sido Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNA, Presidente de la Comisión 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.

5

Comparación ética judicial - ética notarial.

Comparison of judicial ethics - notarial ethics.

Resumen.

Este trabajo es un estudio comparativo, desde la perspectiva deontológica, entre dos actividades propias de los operadores jurídicos: los jueces y los notarios. Por la función pública que están llamados a cumplir ambos, se establecen tanto semejanzas como diferencias, en cuanto a fines y medios. El artículo concluye con un cuadro en el que se establecen 52 ítems comparativos entre ambas actividades profesionales.

Abstract.

This work is a comparative study, from a deontological perspective, between two activities typical of legal operators: judges and notaries. Due to the public function that both are called to fulfill, both similarities and differences are established, in terms of ends and means. The article concludes with a table in which 52 comparative items are established between both professional activities.

Palabras clave.

Imparcialidad-objetividad- función pública-salario-honorarios- impedimentos y excusas- inter partes-supra partes- acuerdos- conflictos-función preventiva-función reparadora-adelanto de criterio-régimen disciplinario-órganos de control.

Keywords.

Impartiality-objectivity-public function-salary-fees-impediments and excuses-inter-partes-supra-partes-agreements-conflicts-preventive function-remedial function-advancement of criteria-disciplinary

nary regime-control bodies.

Sumario.

I. Aspectos introductorio, II Semejanzas. III. Diferencias, IV Conclusión, V. Cuadro comparativo, VI. Fuentes

Summary.

I. Introductory Aspects, II. Similarities, III. Differences, IV. Conclusion, V. Comparative Table, VI. Sources

I. Aspectos introductorios.

En general la comparación entre la deontología judicial y la notarial ha sido poco abordada por la doctrina, menos aún por la jurisprudencia y hay que hacer esfuerzos por encontrar los referentes dogmáticos.

No obstante, resulta interesante hacer un esfuerzo comparativo, sobre todo porque en mi artículo anterior (Comparación ética abogadil - ética notarial (2024). Tribuna Libre - Octava Edición Digital Vol. 15 Núm. 1) hice mucho énfasis en establecer las diferencias deontológicas existentes entre abogados y notarios y, en esta tarea, no pocas veces se ha asimilado la figura del notario a la del juez. Sin embargo, esta similitud también carece de fundamento. Aunque se pueden establecer más semejanzas entre un juez y un notario, que, entre un notario y un abogado, las figuras tienen diferencias que no se pueden obviar.

Entre el juez y el notario hay diferencias y semejanzas. Desde luego que éstas se derivan de las diferentes funciones que están llama-

dos a cumplir: mientras los notarios solamente actúan donde hay acuerdo, los jueces, por lo regular deben actuar donde hay desacuerdo, y se sitúa por encima de los contendientes.

La posición del notario se asemeja en algunos aspectos a la del juez más que a la del abogado. Tanto el juez como el notario deben ser independientes frente a las partes, es decir, frente a los intereses, efectos jurídicos y fines de los actos. Jueces y notarios tienen grandes responsabilidades que exigen grandes virtudes, en esto coinciden plenamente. La delegación costarricense ante el Seminario de Ética Judicial, Nicaragua 1994, dejó establecidas las condiciones que se le exigen a un juez:

a) Capacidad, es decir, suficiente conocimiento de las leyes procesales y de fondo según su materia y las materias anejas; b) Calidad de conciencia que significa conocimiento de la moralidad de los actos humanos, de la ley moral, del hombre y las implicaciones de sus propios actos respecto de su vida personal y social; c) Integridad o imparcialidad derivada de la práctica de las virtudes personales y sociales entre las que cabe mencionar: honestidad, honradez, laboriosidad, integridad, orden, respeto por el derecho ajeno, sobriedad, aprovechamiento del tiempo, fortaleza, coraje, etc. Y d) No venalidad o estar libre de avaricia. Hildalgo, (1996)

Esas y otras son las virtudes que deben también adornar a un notario.

II. Semejanzas.

Ambos profesionales son imparciales, ambos actúan en nombre del Estado, ambos fundan su majestad en la rectitud de sus actuaciones y en la imagen que proyectan a la comunidad. La majestad no es solo un mérito que la ley confiere, es una actitud moral. No solo deben ser, también deben parecerlo¹.

“Tiene su punto de partida y se encuentra en la delegación que el Estado le hace para que dé fe pública notarial sobre los actos y contratos para los cuales exige su intervención; en la investidura oficial que le permite a él —y solo a él—, impartir legitimidad y fuerza probatoria y ejecutiva a los actos de su competencia; en la credibilidad social y pública habida cuenta de su seriedad profesional; de su carácter, de su entereza, de su sabiduría, de su honestidad, cualidades todas estas que conducen necesariamente a su imparcialidad. Pero esa majestad no le llega como “un regalo” procedente del Estado y de las normas que, en su letra y en su espíritu, la consagran, la cuidan y la exigen desde el momento en que el profesional recibe la unción notarial. No. Esa majestad, además de estar consagrada en la normatividad, tiene que “ganársela” el notario con su vida y su ejercicio ético, jurídico, honesto y probo. En otros términos, el concepto en comentario, no es mera forma; es también contenido” (Fernández, s.f.).

Deben ser ejemplo en la vida pública y privada. A pesar de que no hay norma que permita sancionar a un notario por desaguisados en su vida privada, sí hay norma en los instrumentos abogadiles, que posibilite la aplicación de una suspensión al abogado (artículo 10 inciso 5 LOCA, artículo 84 inciso c. CM). Esta sanción se traduciría en inhabilitación notarial. Por su parte, el juez también debe observar una vida privada intachable, so pena de ser sancionado (artículo 188 inciso 2. LOPJ). En ambos casos, la imagen refuerza o debilita, según sea el caso, la imparcialidad de la que son portadores.

Esta imparcialidad los orienta hacia en el mismo fin: la paz social, pero no les exige utilizar los mismos medios.

Estado y a la comunidad, no debe fundamentarse en la protección legal, sino en su conducta, de la que debe irradiar seguridad y certeza merced al real cumplimiento de las formalidades que la regulan en vista a obtener efectos que alcanzan a todos por igual” (VILLALBA WELSH, Alberto. Los valores esenciales del notariado. *Revisa Notarial*, N° 826, Bs. As. 1976, Págs. 437-438)

1 “La confianza pública de que goza el notario frente al

La figura del notario es peculiar y distinta a la del abogado, el juez, el fiscal, el magistrado o a la de cualquier otro servidor público que lidie con el derecho. Con el primero tiene en común la actividad de asesoría jurídica, pero la que presta el notario debe ser completamente imparcial, al servicio del derecho social, por encima de los intereses personales, sin poder interferir la voluntad negocial, salvo si tiene visos de ilegalidad o inmoralidad, porque debe ejercer el control del derecho y la ética jurídica. Con los demás comparte la función de administrar justicia social, pero la suya se sustenta en la paz jurídica, al margen de la litis, fuera del conflicto. El notario es funcionario público, consultor jurídico, guardián del derecho y administrador de la justicia pacífica como desarrollo del derecho negocial al servicio comunitario de la persona, la sociedad civil y el Estado. (ORTIZ, s.f.).

Todos estos operadores jurídicos, en última instancia, están al servicio de la paz social, solamente que en diferentes momentos y utilizando métodos y poderes distintos. La realidad es múltiple y por eso el ordenamiento ofrece distintas posibilidades para enfrentarla. Al notario se le ha reservado la sede extrajudicial voluntaria, son las partes las que voluntariamente se someten a su control y que permiten que moldee sus voluntades adecuándolas al derecho; con los jueces las partes no se someten voluntariamente a su competencia, ésta es forzosa, es el Estado el que en ejercicio de su monopolio de la fuerza designa al juez para que la autorice.

Desde competencias diferentes los jueces y notarios deben garantizar la libertad negocial. Señala la doctrina alemana que:

el legislador ha previsto para una serie de negocios jurídicos la colaboración forzosa del notario. Con ello el notario —y lo mismo sucede con el juez— queda obligado a servir igualmente tanto a la libertad contractual como a la garantización de la justicia contractual. En ese ámbito podrá cumplir con su cometido solamente cuando no sea representante de una parte, sino como asesor im-

parcial de los interesados. (FESSLER, 1984)

Ante los notarios se presentan personas interesadas concurrendo hacia el mismo punto; ante el juez personas interesadas en hacer prevalecer sus propios intereses sobre los de la contraparte. Dos formas de imparcialidad diferentes en razón de los actores que intervienen.

Igualmente, notarios y jueces, al ser imparciales se ubican, técnicamente, en función de tercería frente a las partes. Ninguno de estos atributos caracteriza a los abogados.

III. Diferencias

El notario es pagado por ambas partes² para que se mantenga equidistante entre ellos, pues recibe honorarios prefijados por el Estado. El juez es pagado por el Estado para que le dé la razón a una de las partes.

El notario, por consiguiente, necesita —igual que el juez— esa cierta independencia que libera a su persona de las influencias subjetivas y ajenas al caso. La independencia existe en tres direcciones: independencia frente a los clientes, independencia frente al Estado e independencia frente a la persona. La administración de justicia de un estado de derecho no puede prescindir que cada uno sea libre para elegir notario y que el notario por su parte se mantenga al margen de toda clase de influencias ajenas al caso. Un notario libre, sujeto exclusivamente al derecho, a la ley y a la obligación profesional, deberá decidir él mismo respecto al modo de desempeñar su cargo. Sólo el notario independiente ofrece la garantía para el cumplimiento objetivo de sus funciones: ser mediador entre los objeti-

² Decreto de Honorarios. "Artículo 66. —Responsabilidad de pago. Salvo por acuerdo entre las partes, o por convenio escrito entre los contratantes, o por disposición expresa de Ley, los honorarios profesionales, así como el pago de derechos, timbres e impuestos en su conjunto que correspondan al acto o contrato, se pagarán por partes iguales entre los interesados o las partes, excepto en las constituciones de hipotecas y sus cancelaciones que serán por cuenta del deudor, en los testamentos que son a cargo del testador y en los casos en que sólo haya un interesado, quien deberá cubrirlos por entero".

vos del Estado y los intereses particulares de cada uno. (FESSLER, 1984)

La independencia se cimenta, entre otros factores, en el aspecto económico. En el mundo de economía masificada, el notario es más vulnerable que el juez, frente a comparecientes poderosos y frecuentes. El juez no depende de esos recursos para su subsistencia y es más invulnerable a las influencias y presiones económicas, e incluso, cuando una de las partes es pagada por el Estado, porque el juez está protegido por la inamovilidad, su puesto no sufre mengua porque falle a favor o en contra del Estado. Además, en asuntos en donde el Estado es parte, una condena no afecta pecuniariamente a ningún funcionario público, por lo que la presión no viene de ahí. Quizá los jueces interinos pueden sufrir una influencia, más bien proveniente de los vaivenes políticos, pues a veces conseguir su propiedad en el cargo podría requerir de ciertas complacencias.

Sin embargo, hay diferencia entre la imparcialidad del notario y la del juez.

A éste le está prohibido toda indicación sobre la acción más conveniente acerca del procedimiento de ataque y defensa, y no es imposible ni difícil el caso de que tenga necesidad de fallar un pleito a favor de persona determinada por no haber utilizado la parte contraria los verdaderos elementos de prueba o por no haber planteado debidamente el problema jurídico. Pero el notario ha de tener una intervención personal, inquisitiva en el acto, no puede hacerse cómplice de añagazas ni malas artes, y debe impedir que nadie se comprometa ni obligue más allá de lo usual en casos análogos, sin que conste que penetrados los otorgantes de la diferencia y especialidad del caso propuesto, lo admitan libremente. Esta imparcialidad le obliga a explicarles el alcance y las consecuencias de la relación jurídica que se proponen establecer, y a no proceder a la autorización del contrato hasta que no esté convencido de que los otorgantes se hallan bien penetrados de ello. (PÉREZ, s.f.)

“...el Juez siempre está en el proceso supra-partes: demandante y demandado son sujetos sub iudice. Se dice, entonces, que hay una relación de subordinación, al menos, desde el punto de vista procesal-formal”, (FERNÁNDEZ, s.f.).

Esta relación de subordinación no se encuentra en la relación notario-rogante. El notario aconseja y persuade, pero si los rogantes no aceptan el negocio, este no se instrumentaliza; hasta ahí llega la función notarial³. En cambio, la vinculación de las partes del proceso con el juez es necesaria, pues el proceso es conducido por el juez con “imperium”, sin asesorar, sin que las partes tengan la opción de escoger porque el juez está por encima de ellas, es una autoridad, cuyas resoluciones producen cosa juzgada. El notario propone, el juez impone. El magistrado GONZÁLEZ de la Sala Primera, considera que el notario tiene poderes transferidos, para autorizar actos, y podría no autorizarlos, pero lo que no podría, a diferencia de un funcionario público, es imponerlos⁴.

3 El notario carece de imperium es decir, no puede imponer a los otorgantes el contenido del documento que se le solicita y que elabora sobre esto dice JIMÉNEZ ARNAU: “... EL Notario, aun siendo funcionario carece de jurisdicción, le falta “imperium”, el Notario carece en su actuación de fuerza legal para imponer a las partes el contenido y fuerza obligatoria del documento que él elabora y otorgan las partes. Los “otorgantes” son las partes que intervienen, no el Notario. Este se limita a “configurar” el documento, lo cual, VALLET supone la traducción jurídica de la voluntad empírica de las partes” (Citado por DELGADO DE MIGUEL, Juan-Francisco. La función notarial. En: VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993. Consejo General del Notariado, México, 1993, Pág. 239)

4 Entrevista al magistrado de la Sala Primera GONZÁLEZ, concedida el 1º de diciembre del 2004. A la pregunta: ¿Tiene El notario potestad de imperio? Contestó: “En la medida que el notario es un privado en ejercicio de funciones públicas y como fedatario en el otorgamiento, de alguna manera tiene una situación de poder frente a los particulares. De tal manera que en los actos que él patrocina tiene el ejercicio de una potestad pública y por tanto de una potestad de imperio. En principio solo la administración pública tiene potestades de imperio y el mismo artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública así lo dice. Sin embargo, hay un reconocimiento implícito por transferencia estatal de una función pública que lleva implícitas potestades públicas, el no reconocerlo es casi un autismo de los administrativistas. La misma esfera constitucional y el mismo control de constitucionalidad han admitido el amparo frente a sujetos en situación de poder ¿Cómo no hablar de una situación de poder entre quien es autorizado en una función restringida, para el ejercicio de una función pública?”.

Mientras la función del notario es coordinar a las partes, la del juez es resolver un litigio realidad.

Al frente del esquema del juez está el del notario. Este no se encuentra supra-partes y, en consecuencia, no se puede hablar de relación de subordinación, sino de coordinación. El notario está en medio de las partes, como 'fiel de la balanza' y su posición inicial frente a estas se va desplazando hacia arriba, poco a poco, a lo largo de su trabajo notarial en el proceso de formación del contrato, por razón de su prudencia, su investidura, su función, su prestancia, su juridicidad y otra serie de factores que lo colocan, en virtud de la dinámica propia de la actividad notarial, en cierta posición de supremacía. (FERNÁNDEZ, s.f.)

Al notario le corresponde formar voluntades, al juez sustituirlas. El notario es fiel de la balanza porque su función le exige siempre encontrar el equilibrio, mientras el juez debe restablecer un equilibrio que ha sido roto.

MORELLO, FERRARI Y SORGATO (s.f.) establecen la diferencia entre el juez y el notario de la siguiente manera:

Por lo demás, el juez impone su juicio con el mandato; el notario también él concluye el juicio, solamente que no manda, sino que sugiere, induce a querer así y de tal manera, persuade, es decir, invita por medio de consejo y sugerencia. El juez reconduce las partes a la norma a través del mandato, el notario por medio del convencimiento, propiamente en el sentido de conquista realizada juntos; el juez juzga, decide y manda siempre y solamente él; el notario a su vez juzga, escoge y por tanto decide; la voluntad, el marchamo final, es de las partes que así asumen, haciéndolo suyo, el juicio del notario y por consiguiente se lo autoimponen.

No hay que olvidar que la naturaleza de la función notarial es autorizativa, y aunque el notario no impone actos positivos, sí impone actos negativos. Su negativa es un portillo

cerrado para que el negocio nazca a la vida jurídica. El juez niega o da lugar, no para que nazca, sino para modificar lo ya preconstituido. El juez no necesita convencer porque se impone, el notario necesita convencer porque no puede obligar a las partes al realizar un negocio, si no las ha convencido de su bondad⁵. El notario, entonces, es un gestor, el juez, un digestor.

El principio de libre elección del notario, sobre la base de la confianza que genera en las partes, lo coloca inter-partes, pues ellas se mantendrán con el notario mientras confíen en él. El juez es impuesto por la competencia, su relación no es de confianza, las partes no lo eligen, las partes no pueden removerlo, precisamente porque queda situado en una posición de poder, ajena a la función notarial.

... el notario no está en posición de supremacía frente a las partes del negocio. Y no lo está, porque son éstas quienes lo seleccionan y le presentan la solicitud (rogación) de asesoría para el contrato al cual ellas aspiran, con la consecuencial posibilidad de cambiar de notario, naturalmente, mientras el trámite y los análisis del contrato deseado no hayan culminado, tanto en lo sustancial-jurídico, como en lo notarial. (FERNÁNDEZ, s.f.)

Así el notario busca que las partes realicen el negocio, el fracaso del negocio, de alguna manera es el fracaso del notario. En cambio, el éxito del juez consiste en consolidar un fallo que le da la razón a una de las partes, aunque una de ellas quede insatisfecha. El éxito del juez consiste en que el "a quem" le otorgue la razón. El juez no tiene que quedar bien con las partes, por eso se sitúa encima de ellas.

Ante el juez, el compareciente espera obtener sus favores. Las partes del proceso buscan la victoria. Las partes ante el notario,

⁵ GIACOBBE no comparte la tesis de que el notario no manda nada, no decide sino que se encuentra "extra y no super partes" (Citado por RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Op. Cit, Pág. 1467)

persiguen un instrumento que les favorezca. Pero, ante el juez, se presentan partes asesoradas por diferentes abogados; no así ante el notario porque él es asesor único, de modo que tiene que ser el fiel de la balanza y el que debe inquirir las intenciones de las partes para adecuarlas al derecho, para que los actos nazcan jurídicamente.

La persona ante el juez espera un fallo a su favor, para lo cual matiza los hechos, dando a conocer lo que a sus intereses y fines que busca no le perjudica y alega razón partiendo de consideraciones de hecho y de disposiciones de derecho que juzga aplicables. Tal comportamiento de las partes, evidentemente se origina en un proceso contencioso, arrojando al Juez la responsabilidad de considerar las versiones de hecho y de derecho de las partes que en sí mismo se excluyen, son contradictorias, y, por lo tanto, el fallo tras el estudio del Juez, razonará arguyendo razones y excepciones de cada uno de los mismos, pero fallando a la postre a favor de uno. Es decir, tarde o temprano no obstante que el Juez debe actuar imparcialmente, sin tomar partido, llega a una decisión que obligatoriamente lo impele a inclinarse y dar la razón a uno de los litigantes, toma partido, en razón a las pruebas, a la justicia y al derecho. (FIGUEROA, 2004)

Esto significa que el juez al final del proceso debe decidir quién tiene la razón y dársela en el fallo, es decir, resolver a favor de parte, parcial en el buen sentido del término. El fin del proceso es determinar quién tiene la justicia en el litigio. El proceso supone litigio. El fin de la instrumentación es mantener el equilibrio constitutivo, el fin del notario no es darle la razón a una de las partes, sino lograr un acuerdo en el que ambas partes resulten satisfechas.

La del juez y la del notario son distintas imparcialidades. El notario tiene una actividad extraprocesal, no contenciosa, preventiva, mientras el juez tiene una imparcialidad reparadora, procesal, en litigio.

... el notario no opera el proceso y no es asimilable a un juez, también es cierto que su actividad desemboca en una opinión, al igual que sucede en la jurisdicción. Por ello se ha definido a su función como antiprocesal, sosteniendo que ella abarcaría también la actividad del consejo y reafirmando en este marco que la independencia, la imparcialidad y la terceridad son aspectos deontológicos esenciales de la función. (CELESTE, 2004)

Mientras la opinión del juez es impuesta a las partes, la del notario solo les es sugerida. Ambas son terceridades que se despliegan en diferentes sedes y, en consecuencia, asumen características distintas. La terceridad judicial, en sede contenciosa, "post-facto", la terceridad notarial, en sede voluntaria, "pre-facto". "La función jurisdiccional y la notarial se mueven en planos distintos. La primera actúa sobre los efectos y es reparadora, mientras que la segunda es esencialmente preventiva y actúa sobre las causas" (GALLINO, 1996). La función notarial se agota en el intento del acuerdo, la sede judicial intenta el acuerdo como primer recurso. En su defecto despliega su particularidad: el fallo judicial. La delegación costarricense en el Seminario de Ética Judicial de 1994 sostuvo que "...en un Estado que se precie de ser un Estado de Derecho el juez seguirá siendo el encargado de solucionar los conflictos a través de la conciliación o del proceso". Dos son las alternativas que tiene un juez (conciliar o juzgar), única es la alternativa que tiene un notario: conciliar.

La doctrina nacional ha desarrollado esta misma idea:

El notario es juez preventivo, no correctivo —mucho menos punible—. Es asesor imparcial consultor jurídico y guardián de la legalidad, términos altamente próximos a la ética; de ahí que no sea desmedido decir que el Notario debe ser un contralor ético, por medio del cual las acciones que encamina en su ejercicio siempre deben de estar sometidas a un estricto examen moral. (MORA, s.f.)

El notario es contralor de legalidad y de moralidad (artículos 6 y 36 Código Notarial), por eso, a diferencia del juez, puede excusarse por razones morales.

Prevenir, lamentar. El juez interviene, donde el notario fracasa. Donde el notario es exitoso, el juez se queda sin trabajo.

Entre defensor y notario, o entre abogado y notarios, o entre juez y notario, la diferencia es la misma que separa la terapéutica de la higiene, esto es, la acción represiva, de la acción preventiva. Se podría afirmar sin rodeos una diferencia fundamental entre el juez y el notario: cuanto más notario tanto menos juez; cuanto más consejo del notario, tanta menos posibilidad de litis, y cuanta menos posibilidad de litis, tanta menos necesidad de juez. (...) el notario, como no defiende a parte alguna, elude el pleito tratando de 'dar a cada uno lo suyo' y sólo defiende a todos contra lo injusto y lo ilegal. (GONZÁLEZ, 1971)

Aunque ambos buscan los equilibrios, uno lo establece, el otro lo restablece.

El notario tiene una función calificadora para constituir, el juez tiene una función calificadora de lo ya constituido. El notario trata de adecuar los negocios a las leyes, el juez debe buscar la ley aplicable a un negocio ya constituido,

(...)el llamado juicio notarial de legalidad o control notarial de juricidad que ha de conducir al notario a autorizar o denegar, constituye ya la prestación del ministerio notarial y es, por tanto, verdadera función notarial y no presupuesto de tal función... lo que se deduce de los textos (reglamentarios) es la obligación del notario de calificar la obligación pretendida con el instrumento público para saber si es o no conforme a las leyes... tarea calificadora que ya es propia función del notario, y por tanto supone prestación del ministerio notarial, y que ha de conducir a una de dos alternativas: autorizar el instrumento, si hay conformidad con las leyes, o denegar

la autorización, si no hay tal conformidad. /// Así, con esta idea, resulta que la misión legal del notario no es sólo la de emitir criterio negativo, controlar, calificar y rechazar, sino, además, y esto es clave, guiar a los particulares por el camino del Derecho consiguiendo que la Ley se aplique a la realidad social. Y si no lo consigue, eso sí, negarse a "funcionar". Así la función notarial aun teniendo que ser crítica, es más activa, porque no se trata de calificar algo que ya existe (función de jueces y registradores), sino de algo (voluntad de los particulares), que aún no existe en forma definitiva, y como vimos "hay que adecuar". La misión del notario no es conformarse con decir, no; es aspirar a conseguir la máxima adecuación del negocio a las leyes. (SIMÓ, s.f.)

Tanto jueces como notarios son contralores de legalidad, pero sobre realidades distintas: en un caso crear, corregir, en otro: crear. El juez puede ser tan original y creativo como el notario en la redacción de sus fallos (puede sentar jurisprudencia), pero el notario despliega su creatividad sobre una expectativa de negocio.

Por eso la naturaleza de los actos judiciales y de los actos notariales es diversa.

El acto judicial se caracteriza por la declaración hecha por este Poder, de la norma de derecho aplicable a una determinada relación, sometida a su conocimiento en virtud de controversia. /// El acto o función notarial se caracteriza, en cambio, por la conversión del acto jurídico en auténtico, cierto y exigible./// Todo acto judicial finiquita necesariamente por sentencia; el acto notarial sólo fija una relación jurídica y sencillamente es una forma probatoria de una manifestación de voluntad./// En el acto notarial, es necesaria y esencial la concurrencia de voluntad, mientras que en el judicial esa concurrencia puede ser suplida por la autoridad del Estado, emanada de las leyes./// El acto notarial supone la creación de relaciones jurídicas ciertas y obligatorias, y el acto judicial implica la declaración de normas legales, por las

que las relaciones ya creadas se rigen. (PAZ, s.f.)

El acto notarial prueba la manifestación de voluntad de las partes, el acto judicial interpreta la voluntad de las partes. Por eso uno es declarativo y otro constitutivo. Uno da origen a la vida jurídica, el otro la constata y declara.

Mientras el notario juzga realidades, es decir, califica realidades (su mundo es el mundo negocial de las partes); el juez juzga expedientes. El mundo del juez es el mundo del expediente, lo que no está en el expediente no está en el mundo; el notario en cambio hace un juicio de la realidad y si ésta es adecuada y adecuada a la legalidad, formaliza el acto.

La obligación suprema del notario consiste en atestiguar la verdad para así garantizar el tráfico jurídico. Deberá contribuir en que haya justicia en el tráfico jurídico. Por supuesto no podrá, como el juez, fallar decisiones en firme para equilibrar intereses divergentes; únicamente le compete el intento de influir en la voluntad de las partes y sólo hasta el punto en que ellas se muestren dispuestas a escuchar las palabras de información, asesoramiento y exhortación del notario. En ello tendrá que guiarse por su conciencia y sentido de tacto, es decir, tendrá que seguir por tanto sus propios principios morales. Y estos no se dejan fijar por disposiciones concretas del legislador. Como principio rige sin embargo que el notario cumpla, de manera imparcial y de acuerdo con su juramento, sus deberes profesionales. (FESSLER, 1984)

Al juzgar (calificar) la realidad ofrece la solución jurídica a las partes, que, libremente, pueden aceptarla o rechazarla. El juez juzga el expediente para imponer la solución jurídica por encima, e incluso, en contra, de la voluntad de las partes.

IV. Conclusión

Como se ha visto hay coincidencias y diferencias entre la figura del notario y la del juez. Ambos servidores de la justicia desde sus tribunas. El notario, al igual que el juez, tiene particularidades que no corresponden a ningún otro operador jurídico. Cabe hacer la siguiente pregunta: ¿la función notarial es administrativa?, no. ¿Es privada o judicial?, tampoco. MARTINEZ SEGOVIA, afirma la autonomía del derecho notarial, señala que "La función notarial tiene, pues, su significado propio, autónomo. Cuando se nos pregunte si la función notarial es pública o privada, deberíamos responder que es notarial. Cuando se nos pregunte si el notario es juez o funcionario administrativo, digamos simplemente: el notario es notario"⁶.

Las comparaciones entre notarios y jueces únicamente han servido para acercarse, por diferencia específica, a la figura del notario, y a las diferencias deontológicas, más que funcionales, entre estos operadores jurídicos.

Ambas funciones son esenciales para el desenvolvimiento de la convivencia pacífica de la sociedad, desde perspectivas diferentes, aunque guardando semejanzas.

V. Cuadro comparativo

Cuadro comparativo
Semejanzas y diferencias entre jueces y notarios
(Con implicación deontológica)

NOTARIO	JUEZ
1) Servidor de la justicia	Servidor de la justicia
2) Imparcial e independiente (35 CN)	Imparcial e independiente
3) Cartula	Juzga
4) Función rogada (6- 36 CN)	Función rogada (5 LOPJ)
5) Oficina abierta al público	Oficina pública
6) Sin horario	Con horario
7) Impedimentos, excusas, recusaciones	Impedimentos, excusas, recusaciones
8) Puede excusarse por razones morales	No puede excusar por razones morales

⁶ Citado por GÓMEZ, Néstor. Op. Cit. Pág. 448

NOTARIO	JUEZ
9) No puede ejercer si está quebrado o insolvente	No puede ejercer si está quebrado o insolvente
10) Impedimento relativo por parentesco	Impedimento relativo por parientes
11) Puede participar en política	No puede participar en política
12) Puede adelantar criterio sobre asuntos que se sometan a su conocimiento y trámite	No puede adelantar criterio sobre los asuntos que conoce ni los de otro despacho.
13) Puede ejercer la abogacía	No puede ejercer la abogacía
14) Función pública ejercida privadamente	Función pública ejercida públicamente
15) Requisito: postgrado académico	Requisito: grado académico
16) Puede ser extranjero	Debe ser costarricense
17) Puede ejercer aunque tenga auto de elevación a juicio	No puede ejercer si está procesado con auto de elevación a juicio
18) Locación de obra	Relación laboral
19) Fe pública universal	Fe pública judicial
20) Opera en sede pacífica (donde las partes están de acuerdo)	Opera en sede contenciosa (donde las partes están en desacuerdo)
21) Autoriza y constituye actos	Declara actos (ya existentes)
22) Asesora a las partes	No puede asesorar a las partes
23) Competencia en todo el país (32 CN)	Deber de residencia (36 LOPJ)
24) Inter-partes	Supra-partes
25) Siempre estará Inter-partes	Al fallar debe decidirse por una de las partes.
26) Juzga (califica) realidades	Juzga expedientes
27) Termina su función con la inscripción	Termina su función con el fallo
28) Agota su función con el intento de acuerdo	Intenta el acuerdo, en su defecto debe resolver quien tiene la razón
29) Relación horizontal con las partes	Relación vertical con las partes
30) Sugiere a las partes, sin imponerse	Sustituye la voluntad de las partes
31) No hay <i>imperium</i>	<i>Imperium</i>
32) Lo seleccionan las partes	Lo selecciona el Estado
33) Las partes pueden cambiarlo	Las partes no pueden cambiarlo
34) Lo pagan las partes	Lo paga el Estado
35) No puede ser empleado público	Es empleado público
36) Ejerce el notariado	No puede ejercer el notariado

NOTARIO	JUEZ
37) Honorarios (no es empleado ni público ni privado)	Salario (es empleado público)
38) Puede actuar en todo el territorio nacional	Solo puede actuar en su jurisdicción
39) Puede actuar cualquier día y a cualquier hora	Puede actuar en horas hábiles
40) Recibe remuneración de los interesados en el asunto	No puede recibir remuneración de los interesados en el caso.
41) Gestiona a favor de ambas partes	Falla a favor de una de las partes
42) Actúa sobre causas	Actúa sobre efectos
43) Acción preventiva	Acción reparadora
44) Controlado por la Dirección Nacional de Notariado	Controlado por el Consejo Superior del Poder Judicial
45) No existe la figura de pérdida de confianza como causal de suspensión	Puede ser separado para mejor servicio público por pérdida de confianza
46) Suspensión por prisión preventiva	Suspensión por prisión preventiva
47) No puede ser suspendido por asuntos de vida privada	Puede ser suspendido por asuntos de vida privada (alcoholismo, etc.)
48) No se considera causal disciplinaria que le cobren judicialmente deudas	Es falta grave que le cobren judicialmente una deuda (192 inc. 9 LOPJ)
49) No puede ser suspendido por simular enfermedad	Puede ser suspendido por simular enfermedad
50) Responsabilidades civiles, penales, disciplinarias (profesionales)	Responsabilidades civiles, penales, laborales
51) Póliza de Responsabilidad Civil	Responde solo con su patrimonio ⁷
52) Puede externar parecer sobre los asuntos pendientes en los tribunales	No puede externar parecer sobre los asuntos pendientes en los tribunales

En general, de acuerdo con los Lineamientos de la Dirección Nacional de Notariado el notario tiene competencias de las que carecen los jueces y abogados, a saber:

“Artículo 22. Del contenido del servicio notarial. De conformidad con los alcances del ejercicio del notariado, el notario, por ley, está autorizado para brindar los siguientes servicios notariales:

- a) Asesoría jurídico-notarial.
- b) Estudios de registro.
- c) Confección, autorización de instrumentos

⁷ Salvo los magistrados que deben rendir caución antes de juramentarse conforme al artículo 159 inciso 5 de la Constitución Política y 51 de la LOPJ

públicos e inscripción cuando el acto o contrato así lo determine.

d) Autenticación de firmas y huellas digitales.

e) Expedición de certificaciones notariales.

f) Tramitación de los asuntos de la competencia judicial no contenciosa.

g) Traducción notarial.

h) Cualquier otra labor que le asigne la ley"⁸.

VI. Fuentes

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

Delgado de Miguel, J. F. (1993). La función notarial. VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito. Consejo General del Notariado.

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

Fessler, H. (1984). El cometido social de la redacción imparcial. Revista Internacional del Notariado, (80).

Figuroa Márquez, D. (2004). La imparcialidad del notario en asuntos extrajudiciales y sucesorios. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino, México.

Figuroa Márquez, D. (2004). La imparcialidad en derecho positivo mexicano. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino, México.

Gallino, E. (1996). Notariado y seguridad jurídica. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, (72).

Gómez, N. (1982). Función registral y función notarial. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, (861).

González, C. E. (1971). Derecho notarial. La Ley.

Hidalgo, J. D., et al. (1996). Ponencia de la delegación de Costa Rica. Seminario de Ética Judicial, Nicaragua. Mundo Gráfico.

Mora Vargas, H. (1999). Manual de derecho notarial. Investigaciones Jurídicas.

Ortiz Rivas, H. (1993). Ética notarial. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Paz, J. M. (1939). Derecho notarial argentino. Compañía Argentina de Editores.

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

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

Simó Santonja, V. (1998). El notario y los derechos fundamentales. Ponencias del notariado español al XXII Congreso Internacional de Notariado Latino, Buenos Aires. Consejo General del Notariado Español.

Villalba Welsh, A. (1976). Los valores esenciales del notariado. Revista Notarial, (826).

Normativa:

a. DECRETO EJECUTIVO N° 41930-JP Presidencia de la República, 22 de mayo del 2019: Arancel de Honorarios de Abogados y Notarios

a. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29512&nValor3=31202&strTipM=TC

b. <https://www.abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/9.5Arancel2015.pdf>

⁸ LINEAMIENTOS: Resolución de la DNN de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

b. Asamblea Constituyente de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949. Constitución Política de Costa Rica

a. https://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

c. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 5 de mayo de 1993: Ley Orgánica del Poder Judicial

a. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=33635

d. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2 de abril de 1998: Código Notarial:

a. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=42683&nValor3=95897&strTipM=TC

e. Dirección Nacional de Notariado, 26 de enero de 2022: Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial

a. https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=60147&nValor3=87151&strTipM=TC

Otros

Entrevista al magistrado de la Sala Primera OSCAR GONZÁLEZ, concedida el 1º de diciembre del 2004.

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 17 / 1, Abril 2025

Costa Rica