

kPara ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO.

RESUMEN: La presente recopilación de doctrina, normativa y jurisprudencia, analiza el tema de la responsabilidad que tiene el Notario por actos cometidos dentro de sus funciones, se abarcan temas como su concepto, actos que la configuran y su delimitación. Además se incorpora la normativa y jurisprudencia antinente al tema.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
a)Concepto de Responsabilidad Penal.....	2
Régimen de las sanciones penales del escribano.....	3
b)Violaciones de orden penal que acarrear responsabilidad del Notario	3
1. Usurpación (anticipación y prolongación) y abandono de funciones.	4
.....	4
2. Incumplimiento de deberes, desobediencia y resistencia o	
denegación de auxilio.....	4
3. Falsedad en documento público.....	5
4. Infidelidad en la custodia de documentos.....	5
5. Apropiación indebida.....	6
6. Violación del secreto profesional.....	6
7. Exacción ilegal.....	6
c)Sobre la delimitación de la responsabilidad penal de Notario en	
España.....	7
Prevaricación.....	8
Prolongación de funciones.	8
Abandono de funciones.	9
Cohecho.	9
d)Consecuencias Jurídico-Penales del Concepto de Fe Pública en los	
Delitos de Falsedad.	9
La Asesoría Notarial.....	11
e)Análisis de la fe pública con respecto a actos que son nulos o	
anulables.....	11
Falsificación y adulteración de instrumentos públicos.....	12
Nulos y anulables.....	13
f)Similitudes y diferencias con respecto a la Responsabilidad Civil y	
Disciplinaria.....	14
Con la Responsabilidad Disciplinaria.....	15
g)Otros delitos que acarrear responsabilidad Penal Notarial.....	16
Denegación de Auxilio.....	16

Anticipación, prolongación y abandono de funciones.....	17
h)Análisis de la Responsabilidad Penal en la normativa de Guatemala.	18
2NORMATIVA.....	20
a)Código Notarial.....	20
3JURISPRUDENCIA.....	20
a)Sobre la responsabilidad penal en la jurisprudencia.....	20
b)La responsabilidad Disciplinaria es independiente de la responsabilidad penal.....	29

1 DOCTRINA

a) Concepto de Responsabilidad Penal

[RUFINO LARRAUD]¹

“La responsabilidad penal de escribano no tiende a prevenir actuaciones delictuosas de éste, dando satisfacción a la sociedad ofendida por sus desviaciones de conducta. Pero ¿cuáles actuaciones delictuosas del notario son las que encajan en el concepto?

El escribano puede desafiar la ley penal, situándose en dos posiciones distintas: a)como simple particular, actuando al margen del ejercicio profesional; b)como agente de la función pública que le está cometida, abusando de su profesión o comprometiendo la fe pública de que está investido.

El primer supuesto nada tiene que ver con el derecho notarial propiamente dicho. Por ejemplo, la responsabilidad del escribano que da muerte a su enemigo personal en circunstancias ajenas al ejercicio de la función notarial, queda al margen del tema que aquí nos ocupa.

Para el objeto de esta exposición, su responsabilidad nos interesa en la medida en que él aparezca comprometiendo su condición notarial; cuando en el plano penal esté en juego lo que Figueredo llama su conducta de agente y protagonista del derecho notarial. Sea que hubiere delinquido comprometiendo directamente la fe pública de que está investido, sea que haya infringido los deberes del cargo abusando de profesión. Toda vez que sea llamado a responsabilidad en alguna de estas circunstancias, podremos hablar, en estricto sentido, de responsabilidad penal del

escribano.

Una aclaración todavía: cuando hablamos de responsabilidad penal del escribano, nos referimos al escribano de matrícula:al que está debidamente habilitado para ejercer.

[...]

Régimen de las sanciones penales del escribano

Entre las penas que con carácter general enumera el CPU de 1933, están la de inhabilitación especial para determinada profesión y la de suspensión de profesión académica. La primera produce la incapacidad para ejercer la profesión pro el tiempo de la condena: la suspensión inhabilita para su ejercicio durante el mismo tiempo.

En principio, podría admitirse que una u otra sanción pudiera aplicarse: como pena principal, abstractamente establecida por el legislador para un delito determinado, e infligida por el juez con sentencia de condena, o como pena accesoria, siguiendo por derecho a la condena, como efecto penal de ella, sin que sea necesario su declaración expresa en la sentencia.

No obstante, Figueredo ha demostrado que consideradas como pena principal, "no existen sanciones de inhabilitación especial ni de suspensión, para el escribano, como tampoco existen para el abogado o para el médico. Ningún artículo del CPU ni ninguna ley especial -por lo menos que nosotros conozcamos- castiga con esas penas".

En cuanto a las mismas penas de inhabilitación especial y de suspensión, pero consideradas como penas accesorias, es preciso hacer un breve estudio comparativo del CPU y de la ley 12395, de 1957."

b) Violaciones de orden penal que acarrean responsabilidad del Notario

[SALAS]²

“Además de otros delitos en que pueda incurrir un notario en su vida privada, puede, en el ejercicio de su función pública, cometer violaciones del orden penal que deben ser calificadas de responsabilidad penal en el ejercicio de la función notarial son:

1. Usurpación (anticipación y prolongación) y abandono de funciones.

Estos delitos consisten, respectivamente, en comenzar a desempeñar las funciones de notario antes de reunir todos los requisitos que las leyes exigen para ello, tales como fianza, juramento, u otros cualesquiera; en hacerlo, o en hacer dejación de su cargo antes de estar autorizado para ello, con o sin perjuicio del servicio público que le está encomendado.

2. Incumplimiento de deberes, desobediencia y resistencia o denegación de auxilio.

Teniendo el notario obligación de prestar sus servicios a quienes lo requieran para ello, incurre en el delito de incumplimiento de su deber o denegación de auxilio, como encargado de una función pública, cuando omitiere, rehusare o retardare su actuación sin causa justificada que pueda eximirlo de esa obligación o de su pronto cumplimiento.

Los Códigos penales de El Salvador y Guatemala contienen además, preceptos específicos que sancionan a los empleados públicos (léase funcionarios) que arbitrariamente rehusaren expedir testimonio o certificación, o impidieren la presentación o el curso de una solicitud.

Los notarios que se negaren a dar debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de autoridades superiores dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, o no prestaren debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, o desobedecieran la sanción de suspensión que le haya sido impuesta, incurrirán en los delitos de resistencia y desobediencia.

Los preceptos que configuran esos delitos se refieren a los

funcionarios públicos, o a los empleados en el sentido de funcionarios y empleados. Pero la palabra funcionario debe entenderse que incluye, como la define el Código Penal de Honduras, "todo el que por disposición inmediata de la ley, o nombramiento de autoridad competente, ejerce funciones públicas".

3. Falsedad en documento público.

La Falsedad es un delito caracterizado por el dolo del agente, por la mutación de la verdad, es decir, esconder lo verdadero y hacer prevalecer lo que es contrario a la verdad y por producirse un daño efectivo o en potencia (posibilidad de un daño).

Existen dos clases de falsedades: la material, que consiste en poner una firma no genuina o en adulterar un documento verdadero. Puede ser cometida en documentos públicos o privados. Y la ideológica, que estriba en una afirmación que no corresponde a la realidad, como cuando el notario, en un instrumento público con firmas auténticas y no alterado por nadie, hace constar que ha presenciado hechos o afirmaciones que realmente no ocurrieron u ocurrieron de otra manera.

La falsedad ideológica se limita a los documentos públicos o auténticos. No puede ser cometida por particulares pues, aunque éstos mientan, sus declaraciones serán siempre verdaderas desde el punto de vista del funcionario que hace constar que se hicieron a su presencia, resultando "un documento auténtico en su forma pero falso en su contenido".

Todas las "legislaciones del Istmo sancionan ambos tipos de falsedad, la material, y la ideológica.

4. Infidelidad en la custodia de documentos

El notario tiene a su cargo la custodia del protocolo. Además sus clientes le confían sus títulos y demás documentos a fin de que los estudie y califique y prepare instrumentos enlazados con ellos. Por tal motivo puede cometer este delito en el caso de que sustraiga, oculte o destruya, en todo o en parte, esos protocolos u otros documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo o, si estuvieren sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere en su quebrantamiento o abriere o consintiere abrir otros documentos cerrados (por ejemplo

testamentos cerrados), cuya custodia le hubiese sido confiada, sin obtener para ello el permiso de la autoridad competente.

5. Apropiación indebida

Es frecuente entregar al notario fondos para abonar impuestos o derechos de registro u otras cuentas, o dinero u otros bienes, en calidad de depósito, para que lo devuelva al depositante o entregue a un tercero, después de cierto tiempo, o de cumplidas ciertas condiciones. En estos casos el notario actúa como mandatario de su cliente. El notario que use ese dinero o bienes como si fuera propio, en su provecho o en el de terceros, comete este delito, caracterizado porque el agente es puesto en posesión de la cosa en virtud de un contrato de confianza o fiducia. Cuando el agente desvía su título original, y comienza a actuar con "animus domini", se produce el delito de apropiación indebida.

Esta actuación con "animus domini" se da no solamente cuando el agente se apropia de la cosa y pretende convertirse en propietario, sino cuando ejerce actos de propietario (destrucción de la cosa, disposición de la misma a favor de un tercero, abandono de la misma, etc.). De ahí que generalmente los Códigos penales castiguen no solamente al que se apropia de la cosa, sino también a aquel que no la entregue o no la restituya a su debido tiempo.

6. Violación del secreto profesional

Siendo necesario que las partes revelen al notario la verdad completa, se comprende la necesidad de asegurarles el más estricto secreto de sus confidencias, de modo que no estén expuestas ni a la persecución de las autoridades, ni a las reclamaciones o quizás hasta chantajes de sus adversarios.

Todos los Códigos Penales del Istmo sancionan este delito que, según la jurisprudencia francesa, requiere un elemento intencional pero no la intención de perjudicar.

7. Exacción ilegal

Los honorarios notariales están sujetos a un arancel, aunque a veces se permite al notario y a las partes convenir el pago de una suma mayor rigiendo el arancel sólo a falta de convenio expreso su revelación cause un daño patrimonial o al honor de una persona. De otra manera, sería lo que la doctrina llama "un secreto tonto" que si bien hay obligación moral de no divulgar, su infidencia no constituirá delito alguno.

Pero si el pago de honorarios superiores a los que le corresponde por arancel, sin que la ley le permita hacerlo, incurre en este delito que figura en todos los Códigos Penales del Istmo."

c) Sobre la delimitación de la responsabilidad penal de Notario en España.

[HERRAN DE LAS POZAS]³

"La responsabilidad penal del notario tiene dos aspectos: uno, que se refiere al notario como un ciudadano cualquiera, y otro, a la responsabilidad nacida de los delitos que cometa como funcionario público. A los que se puede añadir aquellos delitos y responsabilidad consiguiente que surgen por infracciones de la específica función notarial, como la falsedad de un instrumento público, la infidelidad en la custodia de documentos, etc. Debemos también tener en cuenta que el carácter de funcionario público que tiene el notario es una circunstancia que agrava en la mayor parte de los casos su responsabilidad criminal (art. 10, núm. 10, del Código Penal).

El notario, como ciudadano, puede cometer cualquier delito de los regulados en el Código Penal. En cuyo caso como a cualquier otro ciudadano, se le aplicarán las penas que determina dicho Cuerpo legal para cada delito sin que su condición de notario altere para nada la responsabilidad que deriva del mismo. Así, pues, el notario puede cometer cualquiera de los delitos que enumera el Código Penal contra la seguridad exterior del Estado, o bien contra la seguridad interior, contra la administración de justicia, contra la salud pública, contra las personas, contra la honestidad, contra el estado civil de las personas, contra la libertad y seguridad, o bien cualquiera de las faltas a que se refiere el Código Penal, por cuya omisión se le aplicarán las penas que para cada caso se establece en el mencionado Código.

b) El Código Penal dedica su título VII a los delitos comunes que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. No todos ellos son aplicables a los notarios, por el carácter especial de la función notarial, pero sí algunos que lo son conjuntamente con los demás funcionarios, Otros se refieren de una manera más específica a la función notarial.

Entre los primeros, se ocupa el Código:

Prevaricación.

El notario, dada su condición de profesional del Derecho y actuando como letrado, puede incurrir en U prevaricación a que se refiere el artículo 361 del Código Penal en el supuesto de que habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiese después sin su consentimiento a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, siendo castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

Desobediencia. El que rehusare o se negare a desempeñar un cargo público sin presentar ante la autoridad que corresponda excusa legal, o después que la excusa fuese desatendida, incurrirá en la multa de 1.000 a 5.000 pesetas (artículo .,372 del Código Penal).

Anticipación.—El que entrare a desempeñar un empleo o cargo público sin haber prestado en debida forma el juramento, promesa o fianza requeridos por las leyes, incurrirá en la multa de 1.000 a 5.000 pesetas y quedará suspenso del empleo o cargo hasta que cumpla las formalidades omitidas. En la misma pena de multa incurrirá el funcionario público que le admitiere al desempeño del cargo sin que hubiere cumplido las expresadas formalidades. Si hubiere percibido derechos o emolumentos por razón de su cargo antes de poder desempeñarlo, será además condenado a restituirlos y al pago de otra multa del tanto al triple de su importe (artículos 373 y 375 del Código Penal).

Prolongación de funciones.

El funcionario público que continuare ejerciendo su empleo, cargo o comisión después que debiere cesar con arreglo a las leyes, reglamentos o disposiciones especiales de su ramo respectivo, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Se le impondrá en el

caso de cobro de honorarios [indebidos la misma multa que en el supuesto anterior (artículos 374 y 375 del Código Penal).

Abandono de funciones.

El funcionario público que sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonase, con daño de la causa pública, será castigado con las penas de multa de 1.000 a 5.000 pesetas e inhabilitación especial, y si no resultare daño de la causa pública, con la de suspensión (artículo 376 del Código Penal).

Cuhecho.

El funcionario público que solicitare o recibiere por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito, será castigado con las penas de presidio menor y multa del tanto al triple del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa. Si el acto ejecutado por las mismas razones, no constituye delito, incurrirá en la pena de presidio menor y multa del tanto al triple del valor de la dádiva; y si el acto injusto no llegase a ejecutarse, la de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva. Todos estos casos llevan consigo la pena de inhabilitación especial (artículos 385, 386, 387 y 389 del Código Penal)."

d) Consecuencias Jurídico-Penales del Concepto de Fe Pública en los Delitos de Falsedad.

[OVIEDO SÁNCHEZ]⁴

"Uno de los conceptos más influyentes en el Derecho Penal es el de la fe pública. Dicha noción va referida a un bien jurídico que merece especial protección en la legislación penal.

Los tipos de falsedad van referidos a proteger este bien y a través de él, toda la confianza y seguridad jurídicas que facilitando el tráfico jurídico y la convivencia social. De acuerdo con Juan Bustos Ramírez "... el problema de la falta de verdad del documento no es lo que interesa, ya que lo único que se pretende proteger es lo funcional del documento, su capacidad de rendimiento para las interrelaciones sociales. El bien jurídico fe pública tiene un carácter funcional. Su contenido se lo da la objetivación en formas, las características de perpetuidad y fijeza, las interrelaciones jurídico sociales. De esta manera se convierte en una vía procedimental para un tráfico armonioso en relación con los demás bienes jurídicos, y en primer lugar con los de carácter microsociales, a cuyo servicio está. "

Así la fe pública, como bien jurídico tutelado está a la cabeza del análisis tipológico de los delitos de falsificación y falsedad ideológica, en el ordenamiento positivo costarricense.

Señala Carrara que "... lo directamente atacado, vulnerado o desconocido por estos delitos es la fe constituida en cada uno de los miembros de la comunidad, por el valor de veracidad que el estado (el derecho) otorga a determinadas formas instrumentales de su propia actividad o de la actividad de aquellos -podría agregarse- a quienes impone determinadas formas para dar cuenta de la suya. "

El notario se puede constituir en partícipe de un ilícito penal, ya que en su papel de configurador de los instrumentos públicos, se encuentra en posición de adulterar la esencia del documento, ya sea materialmente como en su contenido, o bien suprimiéndolo, haciendo un mal uso de sus facultades de conservación documental.

La fe pública, respaldada por la acción y poder del Estado es otorgada a un técnico, que es el fedatario, para que él tenga la potestad de otorgarla a los actos y contratos suscritos en su despacho. Si tal órgano abusa de sus concesiones, el Estado le impone una sanción por la lesión a tan importante bien jurídico.

El Código Penal del dedica todo un título -el título XVI "Delitos contra la Fe Pública"- regulando las lesiones al bien surgidas a partir de una alteración de la verdad o autenticidad de los documentos que facilitan el tráfico de los bienes y servicios, protegiendo de los peligros que se originen de una disfunción de dicha potestad del escribano público.

El concepto de fe pública tiene por tanto las más claras implicaciones en e ámbito penal que cualquier otro criterio notarial pueda tener, toda vez que el mismo se erige como un bien jurídico tuteado por el ordenamiento notarial, que se ha hecho acreedor, por su trascendencia social, de la protección de los

tipos penales.

En tanto el notario lesione, con sus actuaciones este bien jurídico, a través de las conductas descritas en los tipos penales de los artículos 359 y siguientes del C.P. se hace merecedor de una sanción de índole penal.

Nos expone Creus "... cómo ha llegado la teoría de los delitos contra la fe pública a buscar apoyo en dos conceptos básicos: el de confianza y el de prueba, sumando a ellos el requisito del peligro para bienes jurídicos más concretos, originado en la falsedad."

La Asesoría Notarial

Otro de los compromisos que asume el notario público y merece, por ello, una atención especial es el del consejo o asesoría ética y/o jurídica que brinda el escribano.

El notario, como ya es sabido, inicia la función notarial a petición de parte; no lo hace de oficio. El usuario decide libremente a cuál fedatario acudir en busca de la satisfacción de sus intereses negociales, o bien, buscando la opinión jurídica del funcionario notarial respecto de la cuestión planteada por el interesado.

Esta asesoría consiste en "... una auténtica pedagogía jurídica y moral que dirige, concilia, aconseja y coordina las voluntades negociables, sin poder nunca interferirías, salvo para ajustarías a derecho y moralidad." Es una auténtica labor de transformación de los hechos en derecho y moral.

Esta labor se ejecuta, por parte del escribano, en la fase predocumental Martínez Segovia especifica que "... el escribano debe ejercer su función docente, mediante el asesoramiento, en cuyo momento aplica su conocimiento del derecho, además de la opinión jurídica sobre el negocio a realizarse, las partes reciben el consejo, o sea la orientación sobre las cuestiones de hecho y sobre las consecuencias posibles de esa relación."

e) Análisis de la fe pública con respecto a actos que son nulos o anulables

[GONZÁLEZ]⁵

"Tal como puntualiza Margarita Bizzotto de Coloma, interesa para el tratamiento de este tema, el estudio del título XII del Código Penal. Referido a los "delitos contra la fe pública". Como es lógico, al ser el notario depositario de la fe pública notarial, el ejercicio de su ministerio está íntimamente ligado a la preservación de la misma. El instrumento público notarial, lleva en sí certeza de verdad y hace plena fe, mientras no se lo querelle de falso.

Soler, citado por Margarita B. de Coloma, clasifica en dos grupos los hechos o actos causantes de falsedad. En un primer grupo que titula falsificación, incluye destrucción, imitación, etc., de los signos de autenticidad. En un segundo grupo que llama falsedad propiamente dicha, coloca lo que llama introducción de la falsedad dentro de las formas auténticas.

Mustapich por su parte, expresa que "la fe pública que emana del instrumento público se halla protegida en nuestro derecho por el Código Penal; fundamentalmente, en sus arts. 292 y 297 (falsedad material), art. 293 (falsedad ideológica del documento público), art. 294 (supresión o destrucción del mismo), art. 296 (uso del documento falso).

Hablando de la división formulada por Soler en falsificación y falsedad, opina que "esta distinción se vincula a la diferencia entre falsedad material y falsedad ideológica. En la primera juega la imitación, principal parte, mientras en la segunda se afecta el contenido de una estructura formal verdadera.

Falsificación y adulteración de instrumentos públicos

Según Mustapich, el que falsifica un instrumento público o privado en forma que pueda producir perjuicio, aunque éste se halle valuado en 20 centavos, tiene por nuestro código una pena de prisión o reclusión de uno a seis años, pues a los fines de la represión no es necesario que el perjuicio se haya producido.

Basta la posibilidad del perjuicio, tal es la garantía que el documento entraña y tal el peligro que el falsificador representa.

Manzini, citado por Mustapich, "señala como posible delito la alteración de la copia con relación a la escritura matriz, siempre

que la diferencia entre ambas sea jurídicamente relevante". Y añade Mustapich "que el escribano será penalmente responsable cuando fuera el autor intencional de tal alteración y no en el supuesto de que merced a maniobras de su empleado se le hiciera firmar un testimonio alterado...". "Probada la maniobra de los empleados, consideramos injusto aplicar al funcionario una sanción penal gravísima por la casi imposibilidad de hecho de cotejar, personalmente, la matriz con las copias que expiden...".

Para caracterizar el delito, será preciso que la falsedad recaiga sobre alguno o algunos requisitos esenciales del instrumento. "La falsedad concerniente a enunciamentos desprovistos de valor jurídico o no susceptibles de hacer falso el contenido del acto, en todo o en parte, es una irregularidad que no puede determinar la aplicación del título de falsedad ideológica".

Siguiendo a Soler, encontramos 3 supuestos de falsificación del instrumento público o como algunos le llaman "falsedad material".

1) el supuesto del art. 292, es decir confección de un documento que aparentemente pasa por verdadero, pero que en realidad es falso;

2) adulteración de un documento verdadero (art. 292, 2º p. Código Penal);

3) destrucción o supresión de documentos auténticos (art. 294 Cód, Penal).

Es conveniente destacar, como lo hace Soler, que para que quede configurado este delito, es necesario "además de la acción de alterar la verdad, el daño real o posible derivado del documento falso de modo que pueda resultar perjuicio". ..

En cuanto al caso de falsedad "ideológica" o falsedad propiamente dicha, está reprimido en el art. 293 del C. Penal y se refiere a la inclusión en un documento verdadero de "declaraciones falsas". Lombardi define a la falsedad ideológica: "consiste en desnaturalizar la sustancia o las 'Circunstancias del acto, sea escribiendo disposiciones, declaraciones o convenios, que le fueren dictados, dichos o concordantes por las partes o sea declarando como verdaderos hechos que son falsos" y acota Mustapich que la falsedad ideológica es solamente punible, citando se produce en instrumentos públicos.

Nulos y anulables

Otro aspecto que es interesante destacar es la distinción entre instrumentos nulos y anulables, a los efectos de la configuración del delito en estudio.

Como señala Margarita Bizzotto de Coloma, casi todos los autores coinciden en afirmar que la falsificación de un instrumento público nulo, "no constituye delito en razón de su propia nulidad" (Gómez, cit. por Mustapich).

En cambio otros como Soler, siguiendo a Manzini y Buü-ding, creen que un instrumento nulo, no obstante su nulidad puede llegar a ser "elemento idóneo de falsedad" y que "un instrumento público afectado de alguna nulidad que no le prive de la posibilidad de valer como instrumento privado, puede ser falsificado porque es un documento" y agrega: "las causas de anulabilidad de un documento en sí mismo no nulo, en nada afectan su cualidad de objeto idóneo de falsificación".

En el caso de instrumentos anulables, dice Bizzotto de Coloma que constituiría delito "la falsificación de un instrumento anulable, dado que puede producir efectos, y es válido mientras su nulidad no haya sido juzgada".

Cree Mustapich, que "difícilmente pueden ocurrir casos de falsificación de documentos anulables, ya que como lo prescribe el art. 1044 del Código Civil, los actos anulables constituyen supuestos de agentes que obraren con una incapacidad accidental o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuere conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude, o simulación o si dependiesen para su validez, de la forma instrumental, supuesto este último que en realidad configura nulidad y no anulabilidad, en cuyo caso no vemos claro cómo se puede falsificar un instrumento público anulable, salvo cuando se falsificare un instrumento público en que las partes que se hacen aparecer en el mismo resultaren afectadas de una prohibición expresa de la ley para realizar ese acto, sancionada de nulidad".

f) Similitudes y diferencias con respecto a la Responsabilidad Civil y Disciplinaria

[PADILLA VALVERDE]⁶

“El supuesto principal de la responsabilidad civil es la obligación que tiene una persona de reparar, por medio de la restitución o la indemnización, el daño causado a un individuo, originado en una conducta violatoria del derecho de éste.

La responsabilidad civil supone un hecho ilícito que viola derechos e intereses privados, y que trae como consecuencia inmediata la obligación de reparar el daño causado.

La responsabilidad civil se manifiesta en dos vertientes, primero a través de la responsabilidad contractual, es decir si el hecho ilícito es violatorio de vínculos jurídicos preexistentes entre los sujetos, como la palabra lo dice si existe un contrato antes el cual puede ser verbal o escrito, y segundo por medio de la responsabilidad extracontractual, en la hipótesis de que el hecho ilícito no sea violatorio de relaciones obligacionales en una relación jurídica entre el infractor y el perjudicado, sino en la violación de la norma general que prohíbe lesionar la esfera jurídica de lo ajeno, dependiendo de la situación con el notario resultaría contractual o extracontractual, por ejemplo en un citación con su cliente sería contractual ya que se presume un cierto acuerdo o contrato entre el notario y su cliente, en una violación a la fe pública será extracontractual porque se estaría violando la esfera pública al violar una norma de interés general y no un contrato con determinada persona.

En la responsabilidad civil lo que interesa es la reparación restitución o indemnización del daño causado.

La violación civil difiere del delito penal, en cuanto a su significado. En el orden civil, implica un acto ilícito y perjudicial, ejecutado con la intención de dañar; en el orden penal, representa un acto ilícito, previsto y penado por la ley haya o no causado perjuicio inmediato (según el tipo); en una acción típica (prevista taxativamente por la ley), antijurídica (que atenta contra el ordenamiento) y culpable (atribuible o imputable a un sujeto).

Además en el campo de lo civil lo que más se tutela es la reparación del daño, el cual siempre debe darse aunque sea en forma potencial, mientras que en el campo civil el daño no siempre es necesario sino que depende del tipo penal que se trate.

Con la Responsabilidad Disciplinaria

La responsabilidad disciplinaria presupone la violación a una norma de derecho preexistente que regule la conducta del notario.

Para que una falta sea susceptible de constituir una sanción de índole disciplinaria, se requiere que sea un acto u omisión intencional o culposa del notario, la cual viole sus deberes funcionales.

En nuestro país la competencia disciplinaria sobre los notarios es ejercida por la Dirección Nacional del Notariado la cual surgió a la vida jurídica regulada en el capítulo séptimo del Código Notarial, el cual regula lo concerniente a su creación, ubicación, finalidad y atribuciones.

En el artículo 24 de dicho Código se enuncia el listado de funciones que se le atribuyen a dicho órgano, entre ellas, destacan de mayor interés las siguientes:

"... c) Llevar un registro de las sanciones disciplinarias que se le impongan a los notarios y velar porque se cumplan efectivamente.

e) Decretar la suspensión de los notarios cuando sobrevenga alguno de los supuestos indicados en el artículo 4, e imponer las sanciones disciplinarias cuando la ley le atribuya competencia.

j) Denunciar a los notarios ante el Tribunal disciplinario, cuando estime que han cometido alguna irregularidad que merezca sanción.

k) Intervenir como parte en los procesos disciplinarios."

El artículo 140 del mismo cuerpo legal atribuye competencia a la Dirección Nacional de Notariado en el conocimiento de asuntos disciplinarios notariales.

Además de la Dirección Nacional de Notariado para el conocimiento de otras faltas disciplinarias que no sean de su competencia, existen dos órganos más, que son órganos jurisdiccionales."

g) Otros delitos que acarrearán responsabilidad Penal Notarial.

[HERRERA DIAZ]⁷

Denegación de Auxilio.

"Doctrinariamente se define este delito como aquel que comete el funcionario público que legalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de oficio.

El Notario delinquiría cuando dolosamente omitiere, rehusare o retardare la realización del algún acto propio de sus funciones.

La falta de dolo en la denegación de auxilio haría incurrir al Notario solo en responsabilidad civil y disciplinaria.

Analizando lo anterior se podría decir que el Notario está obligado a prestar sus servicios siempre, y solo podrá negarse si existiere causa legal que lo autorice para ello respaldándole en el caso concreto.

En nuestro Código Penal se encuentra el artículo 331 "Denegación de auxilio" que no tiene nada en común con el delito en estudio y más bien el que corresponde a la materia que -estamos tratando es el artículo 330 que señala que será reprimido con veinte a sesenta días multa, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función.

El inciso c) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado, se relaciona íntimamente con el artículo antes mencionado, cuando dispone que se suspenderá forzosamente al Notario que comprometido a la inscripción de documentos en los registros respectivos, diere lugar a atrasos, salvo que pudiere demostrar que no ha habido culpa de su parte, también el inciso d) tiene relación al señalar que será sancionado en la forma indicada el Notario que cometiere cualquier otra falta grave. Al hablar de falta grave, deberá entenderse como un "número apertus", ya que dentro de su contenido pueden incluirse numerosas hipótesis de actos ilegales en que podría incurrir el Notario en el ejercicio de sus funciones.

Anticipación, prolongación y abandono de funciones.

Según la mayoría de los autores esta tipificación se le atribuye al Notario que ejerza su cargo sin haber cumplido con todos los requisitos previos que establece la ley como el juramento, la fianza, etc., También a aquel Notario que siga ejerciendo su función después de que la ley hubiese dispuesto el cese, y aquel que abandonase sus funciones sin haber cumplido con lo que dispone la ley para estos casos (notificación a la Corte) aunque no se ocasiona daño.

Como se puede observar la posibilidad del daño es accesoria y no necesaria para configurar el delito y esto debido principalmente a

que lo que se está tutelando es la función en sí, y la obligatoriedad que tienen los Notarios de cumplir de una forma seria su actividad, teniendo que llenar una serie de requisitos que lo que persiguen es darle más seguridad al particular y más confianza a la "fe pública".

h) Análisis de la Responsabilidad Penal en la normativa de Guatemala

[MUÑOZ]⁸

"Esta se da cuando el Notario en el ejercicio de sus funciones, comete un delito; ya que si llegare a cometer delito como una persona común y corriente, aunque cae en el campo penal, no se enmarcaría dentro de la responsabilidad notarial. Por tal circunstancia existen los delitos propios o en los cuales puede incurrir el Notario como profesional. Algunos autores como Salas, los llama delitos funcionales.

El Licenciado Dante Marinelli, afirma: "Nos encontramos ante la responsabilidad más delicada e importante para el Notario, pues en su carácter de Fedatario tiene depositada la Fe Pública del Estado ante los particulares, considerando que el valor que tiende a realizar el Derecho Notarial es la seguridad jurídica, cualquier mal uso que se le diera a la Fe Pública, traería como consecuencia una desconfianza entre los particulares y el desconocimiento del Notario, en su carácter de Fedatario, por parte del Estado, pues generaría una inseguridad jurídica."

El mismo autor cita al Notable Escribano Hugo Pérez Montero, al hablar del por qué de la existencia de esta responsabilidad, y expresa: "La responsabilidad Penal, a efecto de sancionar los delitos cometidos, con abuso de la función o que comprometa la Fe Pública de que está investido."

Expone que esta responsabilidad existe, "cuando el Notario, defrauda al Estado y a los particulares, por la comisión de un delito, contra la función que le ha sido delegada."

Definición.

"Es la responsabilidad que tiene el Notario al facturar los instrumentos públicos, por incurrir en falsedades y otros delitos

conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo asimismo derivada, en algunos casos de la responsabilidad Civil; o bien esta responsabilidad (la Penal), genera responsabilidad Civil; es la responsabilidad que nace de la comisión de un delito, encontrándose la misma en el ámbito del Derecho Público."

Delitos en los que puede incurrir:

Antes de enumerar los delitos propios en los cuales puede incurrir el Notario en el ejercicio de su función, es preciso resaltar la calidad de "Funcionario Público" que les dan las leyes penales al Notario, ya que el Decreto 17-73 que contiene el Código Penal, establece en las Disposiciones Generales, artículo I, numeral 2 que los Notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate de delitos que cometan en ocasión o motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión.

Entre los delitos que podría cometer un Notario en el ejercicio de su profesión tenemos los siguientes regulados en el Código Penal.

- 1) Publicidad Indebida. Artículo 222.
- 2) Revelación del Secreto Profesional. Artículo 223.
- 3) Casos especiales de Estafa. Artículo 264.
- 4) Falsedad Material. Artículo 321.
- 5) Falsedad Ideológica. Artículo 322.
- 6) Supresión, Ocultación o Destrucción de Documentos. Artículo 327.
- 7) Revelación de Secretos. Artículo 422.
- 8) Violación de Sellos. Artículo 434.
- 9) Responsabilidad del Funcionario al Autorizar un Matrimonio. Artículo 437.
- 10) Inobservancia de Formalidades al Autorizar un Matrimonio. Artículo 438.

En todos los casos el sujeto activo sería el Notario, mientras que el sujeto pasivo, puede ser el cliente, cualquier persona particular o la Sociedad.

No debe olvidarse el agravante regulado en el Artículo 27, numeral 12 del Código Penal, y la inhabilitación especial a que se refiere el artículo 58 del mismo código.

Recordemos también que el Código Procesal Penal, establece que la

comisión de un delito o falta dará lugar a ejercitar dos acciones, la penal para sancionar al responsable, y la civil para el pago de las responsabilidades civiles.

Es indudable lo delicado de la actuación del Notario, en especial si se trata de actuar o se actúa dolosamente, ya que esto conlleva no solo la privación de la libertad, sino también la inhabilitación y la deshonra personal y de la familia."

2 **NORMATIVA**

a) Código Notarial

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁹

ARTÍCULO 17.- Responsabilidad penal

Compete a los tribunales penales establecer la responsabilidad penal de los notarios conforme a la ley.

3 **JURISPRUDENCIA**

a) Sobre la responsabilidad penal en la jurisprudencia

[SALA SEGUNDA]¹⁰

Exp: 05-000504-0624-NO

Res: 2006-00508

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las

diez horas cinco minutos del veintiuno de junio del dos mil seis.

Solicitud de habilitación para el ejercicio de la función notarial, promovida ante la Dirección Nacional de Notariado, por el licenciado JOSÉ ALFONSO MORA GRANDA .

RESULTANDO:

1.- Mediante documentación presentada el 14 de junio del 2005, el licenciado José Alfonso Mora Granda solicitó, ante la Dirección Nacional de Notariado, la habilitación para el ejercicio de la función notarial (folios 1 a 7).

2.- La gestión del licenciado Mora Granda fue denegada en resolución de las 9:00 horas, del 23 de setiembre del 2005. Consideró para ello la citada Dirección que la relación laboral del gestionante con el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, donde labora en propiedad como Jefe Técnico en Administración Vial 1, con especialidad en Administración Vial, contraviniendo lo preceptuado en el artículo 5 inciso d) del Código Notarial; le imposibilita ubicarse dentro de los supuestos del "notario excepción" establecidos en el numeral antes citado (folios 32 a 35).

3.- Disconforme con lo resuelto, el petente promovió recurso de revocatoria con apelación en subsidio, (folios 43 a 47). El asunto se elevó para que esta Sala conozca de esa impugnación, conforme a la competencia que en esta materia le asigna el artículo 11 del Código Notarial.

Redacta el Magistrado Vega Robert; y

CONSIDERANDO:

I.- De importancia para resolver la impugnación planteada, se tiene por demostrado: 1) Que el licenciado José Alfonso Mora Granda, trabaja para el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, donde labora en propiedad como Jefe Técnico en Administración Vial 1, con especialidad en Administración Vial. No recibe un incentivo económico por concepto de dedicación exclusiva (folio 16). 2) En la institución antes señalada no hay restricción o impedimento para ejercer como abogado o notario público (ver folio 16).

II.- El licenciado Mora Granda se encuentra disconforme con la resolución de la Dirección Nacional de Notariado, fundamenta su inconformidad en que la Dirección Nacional de Notariado confunda

el porcentaje que recibe por concepto de licenciatura con un pago por prohibición (folios 50 a 53).

III.- Antes de entrar de lleno al punto de reproche del gestionante, es conveniente realizar un análisis del tema de los notarios que ejercen cargos públicos. Mediante ley N° 7764, de 17 de abril de 1998, se promulgó el Código Notarial, como la normativa especial destinada a establecer el conjunto de normas y principios reguladoras del correcto ejercicio de la función notarial. Antes del 6 de octubre de 1998, cuando entró en vigencia ese Código, la actividad del notariado estuvo regulada por la Ley Orgánica del Notariado N° 39, de 5 de enero de 1943 y sus reformas. En tema a los impedimentos para el ejercicio del notariado, en los artículos 18 y 19, de esa ley, se disponía:

"Artículo 18.- Están legalmente impedidos para el ejercicio del notariado:...

...7° El que acepte empleo o cargo público incompatible con las funciones del Notariado.

Artículo 19.- Aun cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrado suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los munícipes y apoderados municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldo sino dieta.

El notario que aceptare cargo o empleo incompatible con el ejercicio del notariado, cesará en sus funciones de notario..."

En esos términos y salvo las excepciones mencionadas por la misma norma, quienes laboraban en los poderes Ejecutivo y Judicial y en las Municipalidades, estaban impedidos de ejercer la función notarial. Contra esa disposición fueron establecidas varias acciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron desestimadas por la Sala Constitucional al encontrar justificado y razonable el impedimento para el ejercicio conjunto de un cargo dentro del sector público y otra función de naturaleza también pública. En ese sentido resulta de cita obligada, lo dispuesto y reiterado entre muchos otros, en el Voto de esa Sala, N° 649-93,

de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993, en el que sobre esa incompatibilidad, la Sala fue resuelta al señalar:

"II.-Debe tenerse presente la naturaleza de la función Notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública, recogida en alguna medida por la propia Ley Orgánica de Notariado, cuyo artículo 3, dispone "La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública". Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado, de modo que en su forma de ejercicio independiente, se liga a la norma del artículo 17 de la misma ley, que obliga a los notarios a tener oficina abierta al público. Y tiene sentido mandarlo así, porque al ser el notariado una autorización privilegiada a determinadas personas, es una condición razonable y lógica la de que el Notario debe estar disponible a prestar el servicio, por medio de una oficina abierta al público. Incluso por la naturaleza de esta profesión, el Notario no puede excusar el prestar servicio a ninguna persona, tal como en situaciones calificadas se le permite al abogado, ya que el especial énfasis de su función es "asesorar", "interpretar" y "autenticar", lo que las partes desean llevar a cabo por su medio, sin que pueda o deba sentirse inclinado a favorecer a alguna de ellas. Del Notario se exige, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actué 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. Ahora bien: si debe tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor público) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener una oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo. Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta, que implica dedicación, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un carácter igualmente público), en una oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio, implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional. Y debe agregarse más: no solamente hay imposibilidad de tipo material para simultáneamente estar prestando un servicio al estado -como funcionario del planta- y ejerciendo libremente la profesión del Notariado, sino que hay de por medio un problema ético, pues de acogerse una tesis facilitadora de lo anterior, habría una tentación poderosa para diferir asuntos de la llamada "cosa pública", en beneficio de los que atañen al fuero personal

del abogado-funcionario, a la manera de una colisión de intereses, que ciertamente debe evitarse con un criterio restrictivo, a propósito de que cada día se percibe una actitud más y más acomodaticia en este campo.-...

IV.- Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función -que también es pública- como es la de Notario. Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia. Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191).- V.- Podría afirmarse, no sin razón, que lo más apropiado sería que en cada Ley Orgánica, o en cada estatuto institucional, se incluyera un elenco de incompatibilidades con la función pública, mas tal tesis sería de difícil consecución, por manera que tampoco es absurdo que en la Ley Orgánica de Notariado sea donde se incluya una incompatibilidad genérica. Ahora bien: según queda expresado, la Sala encuentra razonable un régimen de incompatibilidades para el funcionario público, porque, en el fondo, hay en la prestación del servicio público una exigencia moral por parte de la sociedad. Es obvio que de no existir una norma como la aquí impugnada, se correría el riesgo inminente de que se falte a la función pública (administrativa) o a la función notarial. Eventualmente a ambas, con perjuicio para la administración y también para los usuarios, lo que desde ningún punto de vista se puede aceptar.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Código Notarial, surgieron nuevas regulaciones en relación con el ejercicio del notariado. En lo que interesa, debemos referirnos a lo establecido en los artículos 4, inciso f), 5, 7 incisos a) y b); y 8 párrafo segundo, de ese Código. El primero de los numerales mencionados dispone:

“ Impedimentos: Están impedidos para ser notarios públicos:

...f) Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado." (énfasis suplido).

"Artículo 7.- Prohibiciones .- Prohíbese al notario público:

a) Atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas de la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas estructuradas como entidades privadas, donde preste sus servicios;

b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por este concepto.

Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionan adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal..

Artículo 8.- Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas, sean autorizados por notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva, quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros." (la negrilla es agregada).

Sobre la actividad notarial de los profesionales en derecho que prestan servicios en el sector público, se pueden observar los votos número 444-2000 de las 16:51 horas del 12 de enero del 2000, y el 5417-2003, de las 14:48 horas del 25 de junio del año en curso, esa Sala reconoció que la contratación de servicios profesionales de abogado y de notario, puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución, mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y la contratación de esos profesionales para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato

administrativo de servicios profesionales. Del examen de la normativa contenida en el Código Notarial, particularmente los artículos 4 inciso f), 5 inciso d), 7 inciso b) y 8, esa Sala también llega a concluir que:

"De los artículos anteriormente transcritos puede llegarse a varias conclusiones que deben rescatarse para la resolución del caso concreto. De la interpretación a contrario sensu del artículo 4 inciso f) citado, se desprende que sí se permitiría el ejercicio externo de la actividad notarial a quienes ocupen cargos públicos si no hay prohibición alguna al respecto –y por supuesto se cumplan los demás requisitos establecidos en el Código (como la superposición horaria por ejemplo)... Asimismo, del artículo 5 inciso d) citado, logra desprenderse que los funcionarios públicos pueden ejercer el notariado siempre que reúnan los requisitos ahí establecidos, entre ellos, ser contratados a plazo fijo, que no estén dentro del Servicio Civil ni disfruten del pago de prohibición y dedicación exclusiva, que no tengan superposición horaria y que en la institución no se prohíba dentro de su legislación interna. Por su parte, del 7 inciso b) del Código Notarial se desprende por un lado que los notarios pueden recibir salario de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y empresa públicas, y por otro, se pretende regular el ejercicio de los notarios de planta que pueden realizar la actividad notarial en asuntos de interés de sus patronos o empresas subsidiarias, siempre que no cobren honorarios por ello, lo cual es una consecuencia lógica pues se pretende evitar un enriquecimiento ilícito del notario que recibe un salario de la Administración. Lo anterior, es reforzado por el párrafo final del artículo 8 del Código Notarial que prohíbe el cobro de honorarios a los notarios que devenguen salario de una institución pública, con lo cual se reconoce una vez más la posibilidad de que se contrate a un notario bajo la modalidad de salario. VI.- Sobre la directriz impugnada. De las conclusiones arriba apuntadas se observa que existe una gama de posibilidades y situaciones donde el funcionario público que a la vez es notario puede realizar interna y externamente la actividad notarial, siempre que reúna los requisitos establecidos en la legislación vigente." (la negrilla es agregada).

De la lectura de tales resoluciones se advirtió una nueva interpretación de las disposiciones de comentario, según la cual, no existe una prohibición indiscriminada para que los funcionarios públicos puedan ser autorizados en el ejercicio de la función notarial, sino únicamente para aquellos que laboran en dependencias del sector público, incluso las estructuradas bajo las formas del Derecho Privado, en las que se prohíba el ejercicio

externo del notariado, caso en el cual se ubicarían entre otros, los funcionarios del Poder Judicial, por así disponerlo su propia Ley Orgánica, en el artículo 9. Sí realiza el Código la expresa advertencia de que aquellos notarios, funcionarios de una institución, se encuentran limitados en el ejercicio cartular respecto a la institución para la que laboran, por las prohibiciones del artículo 7 del Código Notarial. Dentro de tales prohibiciones está la de no autorizar actos en los que la entidad patronal sea parte, a menos que no cobre honorarios, o que se trate de la formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo propios de la institución y que no corresponden a la actividad ordinaria del ente, en cuyo caso podrá cobrar los honorarios correspondientes a la parte. Pero además, en resguardo de la llamada cosa pública que abarca los bienes materiales e inmateriales pertenecientes a la Administración, esa misma norma prohíbe expresamente a los notarios que presten sus servicios a una entidad pública, atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas donde labora, lo que en definitiva resulta una garantía de que los bienes públicos que la administración pone en manos de un funcionario para el desempeño de un cargo público, en beneficio de la colectividad, no resulten distraídos para el aprovechamiento de un desempeño profesional privado en beneficio particular del funcionario. Esta norma surge en resguardo de la ética en la función pública por la que todos debemos velar pero sobre todo los jefes de las distintas entidades, bajo cuyo mando, la ley delega la administración de los recursos humanos y materiales.

IV.- Sobre la materia la Sala Constitucional emitió el voto 13672-04 de las dieciocho horas con treinta y tres minutos del treinta de noviembre del dos mil cuatro, en la cual se retomó el tema de los servidores públicos y el ejercicio por parte de estos del notariado, al respecto manifestó:

" ... de manera tal que podemos afirmar la existencia de tres tipos de situaciones:

a) Notario público bajo el régimen de empleo público: se trata de aquel notario que ha sido contratado por el Estado para que preste sus servicios notariales, bajo una remuneración salarial, con dedicación exclusiva y sujeto al régimen de empleo público. Teniendo como prohibiciones el ejercicio privado de la función notarial y el cobro de honorarios al Estado por la prestación de estos servicios (artículo 7 inciso b) y artículo 8 segundo párrafo del Código Notarial y artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa). Llamados también notario de planta, bajo salario o retribución fija.

b) Notario Público que tiene un cargo público y que ejerce privadamente: Se trata de aquel notario que, aún teniendo un cargo público, puede mantener una oficina privada si no tiene prohibición para el ejercicio externo del notariado y si reúne el resto de requisitos necesarios, como ser contratado a plazo fijo, no estar sujeto al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no existir superposición horaria (artículo 4 inciso f) y artículo 5, inciso d) del Código Notarial). Teniendo como prohibiciones atender asuntos particulares en las oficinas públicas (artículo 7 inciso a) del Código Notarial), pero pudiendo realizar actividad notarial para la propia entidad pública si no cobra honorarios (artículo 7 inciso b) párrafo primero del Código Notarial).

c) Notario Público contratado por plazo fijo por el Estado: Se trata de la contratación administrativa de los servicios profesionales de un notario contratado por alguna institución pública, donde no media la relación de empleo público, sino que es contratado a plazo fijo, cuya retribución es por medio de honorarios (sin mediar salario alguno) teniendo como prohibición ejercer el notariado en más de tres instituciones públicas (artículo 7 inciso e) del Código Notarial). " (énfasis suplido). Así la cosas, se puede observar que ha operado un cambio de criterio en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el que se muestra que para poder ejercer como notario, siendo funcionario público, se debe cumplir una serie de requerimientos para que el servidor pueda ser autorizado para el ejercicio del notariado, ya sea a nivel interno de la institución o a lo externo, y en este caso el señor Mora Granda, no cumple con los requisitos apuntados, por cuanto está nombrado a plazo indefinido (ver folio 16).

V.- Manifiesta el recurrente que el argumento utilizado por la Dirección Nacional de Notariado, de que el plus por licenciatura se entiende equiparado a una prohibición para el ejercicio de la profesión en la que tiene el grado de licenciado, no tiene razón de ser, toda vez que esto constituye un reconocimiento por sus estudios, y no una limitación al ejercicio de una profesión determinada. Este argumento, no es el fundamento por el cual en definitiva la Dirección Nacional de Notariado denegó la solicitud de habilitación del licenciado Mora Granda, sino que lo hizo en virtud de su nombramiento a tiempo indefinido, lo cual encuentra su fundamento en el voto 13672-04 de las 18:33 horas del 30 de noviembre del 2004.

VI.- En consecuencia, se debe confirmar la resolución de la Dirección Nacional de Notariado en cuanto denegó la solicitud de habilitación para el ejercicio de la función notarial al licenciado José Alfonso Mora Granda.

POR TANTO:

Se confirma la resolución recurrida.

b) La responsabilidad Disciplinaria es independiente de la responsabilidad penal.

[TRIBUNAL DE NOTARIADO]¹¹

VOTO # 49-2003

TRIBUNAL DE NOTARIADO: - San José, a las nueve horas del veinticuatro de abril del dos mil tres.

Proceso Disciplinario Notarial establecido ante el Juzgado Notarial por EDITH MONGE ALFARO, mayor, divorciada, cédula de identidad número 9-039-537 y vecina de Limón, contra el licenciado WILLIAM CHARPENTIER MORALES, mayor, abogado y notario, demás calidades no indicadas. Han actuado en su calidad de apoderados especiales judiciales de la denunciante, los licenciados Xiomara Solís Murillo, y José Antonio Valerio Valerio, ambos mayores, casados y abogados. La primera vecina de Alajuela y el segundo de Heredia, con cédula de identidad número 4-096-951.

RESULTANDO :

1.- Que la señora Monge Alfaro, mediante queja interpuesta contra el licenciado Charpentier Morales, indica que ante su notaría se llevó a cabo una compra venta del establecimiento mercantil "Zapatería La Estrella", por la suma de nueve millones de colones, siendo que dos millones quedaban bajo su custodia hasta que se publicara el edicto y pasado el plazo de los quince días, si no se apersonaba nadie, estos serían devueltos, sin embargo a la fecha ni se ha publicado el edicto ni se ha devuelto el dinero. Reclama también los daños y perjuicios ocasionados los cuales liquidó en la suma de tres millones cuatrocientos mil colones.

2.- Que en el informe solicitado, el denunciado señaló que no publicó el edicto pues la vendedora no le aportó la constancia de solvencia tributaria, porque le indicó que tenía deudas con la Caja Costarricense de Seguro Social y con el Estado. Indica que lo acusado no está contenido dentro de las funciones notariales, por

lo que se debe declarar sin lugar la acción.

3.- Que, el Juez de la materia, resolvió: "POR TANTO : Con fundamento en lo expuesto y artículos citados, en cuanto a la acción disciplinaria notarial, se dispone: Declararla con lugar, imponiéndose al licenciado William Charpentier Morales, la corrección disciplinaria de seis meses de suspensión en el ejercicio de la función notarial; sanción que rige ocho días naturales después de su publicación en el Boletín Judicial. Una vez firme esta resolución comuníquese a la Dirección Nacional de Notariado, al Registro Civil, al Archivo Notarial y al Registro Nacional. Confecciónese y publíquese el edicto respectivo en el Boletín Judicial.- En cuanto a la pretensión resarcitoria, se declara con lugar y se condena al notario Charpentier Morales a pagar, a favor de la actora, la suma de dos millones de colones por daño material, así como los intereses legales sobre esa suma correspondientes del primero de octubre de mil novecientos noventa y nueve y hasta su efectivo pago. Se declara sin lugar el extremo del daño moral y se le condena al demandado al pago de las costas personales y procesales de la pretensión resarcitoria.

4.- Que contra lo resuelto, se presentó recurso de apelación, por parte del licenciado Charpentier Morales, al que se le ha dado el trámite correspondiente y se han observado las prescripciones y plazos de ley.

REDACTA LA JUEZ ALVAREZ ROSS, Y;

CONSIDERANDO:

I.- Al elenco de hechos que se han tenido por probados, se agregan los siguientes de importancia: 5) Que por resolución de las diez horas del catorce de mayo del dos mil dos, se le confiere el plazo de cinco días para que manifieste si cumplió con el trámite y en su caso deposite el monto reclamado en el Despacho (folio 101). 6) Que dentro de los plazos concedidos, el notario no cumplió con la devolución del dinero reclamado (los autos). Se aclara que el sustento probatorio del hecho 1) está contenido también en la declaración de los testigos (folios del 65 al 68).

II.- Se adiciona un Considerando relativo a hechos indemostrados, para que se tenga como tal, que no se demostró que la denunciante tuviera obligaciones pendientes con la Caja Costarricense de Seguro Social y el Estado.

III.- El recurrente se limitó únicamente a presentar recurso de apelación, haciendo uso del derecho constitucional que configura

el debido proceso, indicando nada más, que de acuerdo con el principio non bis idem no se puede acusar a una persona por una misma situación en dos vías diferentes, pues está actualmente acusado penalmente ante la Unidad de Estafas del Ministerio Público en expediente 99-001097-042PE (138-11-99) por la misma quejosa de esta denuncia, en consecuencia no es posible que se pida en vía notarial un dinero si existe una acusación penal pendiente por ese mismo motivo. En esta instancia no se apersonó. Igualmente hay que señalar que tampoco contestó la demanda civil, a pesar de haber sido debidamente notificado. Esta situación lo pone en desventaja, pues conforme lo señala nuestro ordenamiento jurídico, debe entonces tenerse por contestada afirmativamente. Así las cosas, este Órgano Colegiado no encuentra reparo alguno capaz de invalidar lo acordado por el Juez de instancia.- En efecto, véase que la sanción deviene del incumplimiento, en las funciones propias del ejercicio del notariado. Y la causa penal no enerva ni imposibilita a esta Jurisdicción para entrar a conocer los hechos acusados. En consecuencia, conforme a los artículos 15 y 19 del Código Notarial, no es de recibo el principio que invoca el apelante de non bis idem, salvo, claro está, la excepción que señala el segundo artículo señalado. No obstante, el denunciante, en esta materia, tiene libertad, para escoger la vía que considere adecuada para reparar los daños que se le hayan causado. En razón de lo expuesto, no cabe más que confirmar, como en efecto se hace, la resolución objeto de recurso.-

POR TANTO :

Se confirma la resolución objeto de recurso.-

FUENTES CITADAS

- 1 LARRAUD RUFINO. Curso de Derecho Notarial. Buenos Aires, Argentina. Ediciones De palma. 1966. pp 721,724-725.
- 2 SALAS, Oscar. Derecho Notarial de centroamérica y Panamá. C.R. Edit Costa Rica, 1973, pp 200-203.
- 3 DE LA HERRÁN DE LAS POZAS, José. Derecho Notarial. Madrid, España. Editorial. M.Aguilar. 1946. pp 139-142.
- 4 OVIEDO SÁNCHEZ, Andrés. Delitos cometidos en sede notarial y su responsabilidad penal. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. 2003. pp 206-208.
- 5 GONZÁLEZ, Carlos. Derecho Notarial. Buenos Aires, Argentina. Edit La ley. 1971. pp 234-237.
- 6 PADILLA VALVERDE, Marcela. La responsabilidad Penal del Notario en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. 2003. pp 42-45.
- 7 HERRERA DIAZ, Juan. Responsabilidad Penal del Notario. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho
- 8 MUÑOZ, Nery. Introducción al Estudio del derecho Notarial. 3º edición. Guatemala. C.A. 1992. pp 135-137.
- 9 Asamblea Legislativa Código Notarial. Ley: 7764 del 17/04/1998. Fecha de vigencia desde: 22/11/1998
- 10 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2006-00508. San José, a las diez horas cinco minutos del veintiuno de junio del dos mil seis.
- 11 TRIBUNAL DE NOTARIADO VOTO # 49-2003. San José, a las nueve horas del veinticuatro de abril del dos mil tres.