

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO NOTARIAL

LIC. ISIDRO MUÑOZ RIVERA

“Cuan semejantes son a latrocinios los reinos sin justicia”, decía Agustín de Hipona, al referirse a aquella anécdota en la que Alejandro Magno pregunta a un pirata, en tono molesto, si le parecía bien tener el mar infestado por sus piraterías. El pirata, insolente, respondió: “Lo mismo que te parece a ti tener infestado el orbe, solo que yo porque pirateo con un pequeño bajel me llaman ladrón y a ti, que con una armada imponente pirateas, te aclaman emperador”.¹

LOS VALORES JURÍDICOS

La sociedad humana, para ser viable su existencia, ha requerido que sus integrantes establezcan y mantengan vigentes las reglas del juego social. Esta exigencia, desde la existencia del Estado, ha permitido que no sea la voluntad del más fuerte el que impere, sino el criterio imparcial de la ley.

Donde hay sociedad, por tanto, hay derecho. Y donde hay derecho hay fines valiosos que alcanzar. El derecho tiene valores fundamentales como la justicia y seguridad jurídica y el bien común. García Máynez adiciona aquellos valores jurídicos que son de consecuencia inmediata: la libertad, la igualdad y la paz social.

Todas las ramas del derecho participan en la realización de los valores jurídicos aún y cuando tengan fines particulares. La función notarial por ejemplo, tiene fines específicos. La **seguridad** al asignar la certeza al documento notarial; la **permanencia** al utilizar los

¹ De Hipona, Agustín. *La Ciudad de Dios (sic)*, Madrid. 1992. vol. II, p. 85.

procedimientos adecuados para que el documento sea indeleble; y el **valor** como el grado de eficacia para producir efectos jurídicos.

Las diversas expresiones del derecho provienen de un tronco común y se nutren de la misma sabiduría, es decir, de los valores jurídicos fundamentales. Interesa advertir como se reflejan estos valores en cada una de sus ramas. En este caso, la forma en que el derecho notarial se sustenta y, a su vez, contribuye al florecimiento de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Los **medios** para obtener los resultados, es una vertiente más sobre la que conviene reflexionar. El derecho notarial tiene dos vías, al dar forma legal a la voluntad de los particulares, plasmada en un documento notarial (**medios subjetivos**), y al darle al documento notarial las características legales que lo hacen indeleble (**medios objetivos**).

LA SEGURIDAD JURÍDICA

Está libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, aquel que está seguro, nos dice Bernardo Pérez Fernández del Castillo, al recordar la raíz etimológica **securus**.² La seguridad en términos gramaticales como sinónimo de certeza. Aunque la seguridad tiene un aspecto subjetivo, mientras que certeza lo tiene más bien objetivo. Son valores que se implican de manera inmediata, dice Miguel Reale, pues, mediatamente, todos los valores se correlacionan, según el principio de solidaridad axiológica. "Seguridad y certeza forman una diada inseparable. Cuanto más cierto se hace el derecho, genera más condiciones de seguridad".³

Que los ciudadanos gocen de un alto grado de seguridad jurídica, es un ideal del Estado de derecho. En su sentido formal, se pretende que sea predecible, es decir, que las decisiones de la autoridad sea en base a las reglas jurídicas establecidas.

En el análisis fenomenológico de los valores jurídicos, Recaséns Siches, establece un orden jerárquico. Es la seguridad jurídica el fin primordial e inmediato del derecho.⁴ Es un valor específico de la modernidad. El Estado, desde el momento mismo de su existencia,

² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Deontología Jurídica*. Editorial Porrúa. México, 1997, p. 54.

³ Miguel, Reale. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Tecnos. Madrid. 1997, p. 95.

⁴ Recaséns Siches, Luis. *La Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa. Edición. México.

con el monopolio de la fuerza, genera seguridad. Con su concreción, a la vez, favorece la realización de otros valores, como el orden y la paz. La seguridad jurídica es uno de los fines supremos del Estado de derecho. Sin aquel, éste deja tener razón de ser.

La seguridad es un valor jurídico ineludible. Constituye un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido. Se trata de una necesidad humana básica y le corresponde al derecho tratar de satisfacerla a través de su dimensión jurídica.

No se trata de una concesión de la autoridad, sino una conquista de la sociedad. El reclamo por la satisfacción de esta necesidad es permanente. La historia del derecho así lo registra. Está inserta en el pacto social, permitiendo que todo ciudadano sepa a que atenerse, en razón de las consecuencias de sus actos y omisiones. Existen obligaciones, pero también derechos debidamente tutelados.

La seguridad jurídica es por tanto, un valor genérico; como lo expresa Peces-Barba. No es un valor exclusivo, como la libertad, producto de los Estados liberales, ni surge con los movimientos revolucionarios francés o americano.⁵

LA ROGACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA

En el notariado, la seguridad jurídica tiene el mayor sitio, pues su misión principal es la de dotar de seguridad a las relaciones jurídicas. La voluntad de las partes se armoniza con la norma jurídica, con la intermediación del notario. El ordenamiento jurídico autoriza que las manifestaciones de voluntad se encaminen a producir consecuencias de derecho. En ello radica la naturaleza del acto jurídico. Los sujetos activo y pasivo se vinculan mediante un objeto determinado y al derivarse una conducta mandada, se requiere, ordinariamente, de la solicitud de los oficios del notario.

Ese es el punto de partida en el camino hacia la seguridad jurídica. La rogación es una figura central en la aportación del notario a la seguridad jurídica. Se trata de una libertad contractual, mediante la cual, en ejercicio de la voluntad, se pactan contratos a partir de del encargo, de la petición rogada. Desde Justiniano, la **rogatio**, como la petición a un tercero para participar; ha puesto en marcha la actividad notarial.

⁵ Peces-Barba, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*. Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. No. 83. Primera reimpresión. 2004, p. 64.

Es una figura jurídica que lleva implícito en su contenido otro aún más relevante que es el de la libertad, cuyo principio natural es reconocido como uno de los derechos naturales del hombre. El notario es la balanza de precisión. Se sitúa en forma equidistante de los intereses en juego, procurando soluciones de equilibrio y de justicia. La imparcialidad es nuestra razón de ser.

Con los principios de independencia e imparcialidad se establecen las bases para alcanzar la finalidad de la seguridad jurídica.

En el quehacer notarial se contribuye a la seguridad jurídica en la medida en que se logra previsibilidad de los efectos del acto jurídico pasado ante la fe del notario. Los actores están dotados de certeza ante las consecuencias jurídicas que se deriven.

En el derecho notarial, como en toda rama del derecho, la seguridad jurídica tiene concreción objetiva cuando es previsible la corrección. No solo en la formulación adecuada de la norma notarial, sino el cumplimiento de la norma, por sus destinatarios, particularmente por el notario y la autoridad.

CONDICIONES BÁSICAS PARA LA SEGURIDAD, EN EL DERECHO NOTARIAL

Existen condiciones que resultan ineludibles para el derecho en general, como lo advierte Pérez Luño, y que son aplicables para que el derecho notarial, en lo específico, logre sus ineludibles propósitos para con la seguridad jurídica.⁶

Es preciso que las normas notariales estén debidamente promulgadas. Que sean conocidas como condición inicial para ser cumplidas (**lex promulgata**); que sus contenidos sean comprensibles, sin ambigüedades que provoquen confusiones para el notario, al momento de aplicarlas (**lex manifiesta**); que ante el incumplimiento exista una respuesta sancionadora. Las normas jurídicas notariales incompletas o con vacíos, impediría soluciones con arreglos conforme a derecho (**lex plena**); que el derecho notarial a través de sus normas jurídicas faciliten la seguridad a sus destinatarios, al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de sus actos celebrados ante notario (**lex previa**); y que el derecho notarial sea estable como condición para generar confianza. Las reformas frecuentes a su marco jurídico, propician confusión a los sujetos que participan del acto notarial, incluyendo al notario (**lex perpetua**).

⁶ Pérez Luño, Antonio-Enrique. Seguridad Jurídica. En el Derecho y la Justicia. Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. Tretta. Segunda edición. España-México. 2000, p. 481.

Otro aspecto relevante de la función notarial, en sus aportaciones a la seguridad jurídica, es facilitar la actividad económica. No solo en la protección de los derechos patrimoniales de las personas físicas y morales, sino la certidumbre jurídica que la institución notarial otorga al funcionamiento del mercado. En la facilitación que el notario público realiza a favor de las transacciones mercantiles, Jesús Silva-Herzog en su ensayo "La dimensión económica del notario",⁷ afirma que las principales contribuciones directas al desarrollo económico, con la intervención notarial pueden resumirse en los rubros siguientes:

- Garantiza legalidad y validez jurídica. Cuando se hacen negocios, no se puede correr el riesgo de descubrir una falta de legalidad que produzca ineficacia del acto celebrado. También se garantiza legitimidad al asegurar que quien ejerce un derecho tenga de verdad su titularidad y disponibilidad;
- Suprime la necesidad de un seguro de título. El notario de tipo latino es personalmente responsable civil por los daños patrimoniales que pueda producir su impericia o negligencia en los negocios en que intervenga. De esta manera se suprime la necesidad de contratar un seguro de título propio del sistema anglosajón que no conoce el notario jurista;
- Realiza gestiones previas y posteriores que garantizan la legalidad y vigencia de los derechos de propiedad y corporativos que se ejercen. Esta labor de correcta y vigente configuración del instrumento es una garantía adicional para los usuarios.

Adicionalmente, las contribuciones indirectas, se reflejan en evitar litigios, auxiliar a la administración de justicia, mediar intereses y auxiliar en la recaudación fiscal.

EL NOTARIO NI ES JUEZ, NI ES PARTE

La institución notarial, al tener entre sus propósitos el coadyuvar a la eficiencia de las transacciones jurídicas, el notario actúa imparcialmente, participando las partes en igualdad de condiciones.

La imparcialidad es un principio que siendo ético se ha convertido por disposición legal en exigencia jurídica. Una virtud moral convertida en restricción impuesta. Es uno de los casos específicos de juridización de la moral. La conducta ética convertida, en compor-

⁷ Silva-Herzog F., Jesús. La Dimensión Económica del Notariado. Editorial PROA Structura. México. 2007, p. 7.

tamiento obligado. Con ello, deja de ser por tanto una necesidad, particular, interna y autónoma; para convertirse en una obligación general, externa, heterónoma y, con el ingrediente adicional y determinante: coercible. Se trata de una típica expresión del comportamiento, requerido por el derecho.

Ya en un ejercicio similar, expresé que la imparcialidad es un elemento cualificador del la función notarial. Es el desinterés del notario ante las partes. En toda actuación notarial debe guardarse una actitud equidistante y ecuaníme. El desempeño de la función debe estar ajena de favoritismos, intereses o apasionamientos.

Ese sentido negativo, la parcialidad atenta a la plena vigencia de los valores jurídicos. Afecta a un valor supremo, la seguridad jurídica; y a su consecuencia inmediata, la justicia.

Esto advierte la gravedad, en el caso de estar ligado un interés del notario, a una de las partes que recurren a sus servicios. Para John Stuart Mill, en la imparcialidad está la esencia de la justicia. Es un deber que está incluido en el deber general de dar a cada quien lo suyo. Por tanto, para el fedatario, la imparcialidad es la primera de sus virtudes.

El notario, ni es juez, ni es parte. Como si son los historiadores, por ejemplo, quienes al escribir los hechos históricos, lo hacen “desde dentro”, sin que ello afecte la calidad o autenticidad de su obra. La legislación notarial del Distrito Federal, prohíbe a los notarios “actuar en los asuntos que se les encomiende, si alguna circunstancia les impide actuar con imparcialidad”.⁸ El artículo 35, prohíbe:

Fracción III. Actuar como notario en caso de que intervengan por si o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitaciones de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado; inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado.

Fracción IV. Ejercer sus funciones si el acto o hecho interesa al notario a su cónyuge o a alguno de sus parientes en los grados que expresa la fracción inmediata anterior.

En ambos casos, también se aplican las prohibiciones al notario asociado o suplente cuando tenga interés o intervenga el cónyuge o los familiares del notario asociado o suplido que actúe en el proto-

⁸ Ley del Notariado para el Distrito Federal. Ediciones Delma. México. 1999, p. 11.

colo del primero. La legislación mexiquense, en la materia, amplía el impedimento para los notarios, en el caso de que, al ejercer sus funciones, su representante legal o apoderado, o el de su cónyuge o de sus parientes, tengan interés en el acto que se trata. En todo caso, es el sentido parcialista del notario, lo que la ley prohíbe.

Conceptualmente, subraya Goldschmidt, el ser parte y el ser parcial, son dos casos diferentes. En el primer caso, estamos ante el hecho de que el notario actúe por sí, como sería el hecho de protocolizar una compraventa en la que actúa como una de las partes de la misma; y otra es, cuando está ligado a una de las partes intervinientes.

El notario no debe, en ningún caso, envolverle vínculo alguno, con el objeto del servicio que presta. El concepto de interés es primordial. En la opinión de Rodolfo Von Ihering, carece de derecho, no el que puede querer, sino el que puede aprovechar. La palabra interés tiene un sentido amplio, entre otras, los de índole relativo a la personalidad, el honor y los vínculos familiares.

El interés está vinculado con el concepto de valor, agrega Ihering. El valor es la medida de la utilidad de un bien; está en el interés, la relación peculiar del valor con el individuo y sus aspiraciones. Y es que el hombre, recordaba Cicerón, es menos honesto cuando más atiende en sus acciones, el interés.

El principio de imparcialidad se relaciona con el principio de igualdad de las partes. Deben darse condiciones de paridad, un mínimo de igualdad entre los que participan ante notario. En una relación triangular, el notario es impar, en la composición, e imparcial en la actitud.

La eficacia del derecho notarial se alcanza, por tanto, en la medida en que el principio de imparcialidad se anteponga a posibles injerencias que provengan de instancias ajenas. Ninguna intromisión exterior es viable ante el ejercicio de este principio.

LA AUTONOMIA NOTARIAL, CONDICION DE IMPARCIALIDAD

El Notario es imparcial y debe ser imparcial hasta el punto que si dejara de serlo dejaría de ser notario, dice Martín Garrido. ¿Pero que es la imparcialidad notarial?, ¿En que consiste esta cualidad que consideramos esencial para el ejercicio y para la existencia de la fe pública notarial? ⁹

⁹ Garrido Melero, Martín. La Imparcialidad del notario: Garantía del orden contractual. En "El valor añadido de la actividad notarial". Ponencias presentadas por

Cuando se estableció el principio de separación de poderes, se definió una nueva forma de organización pública. En el establecimiento de las funciones del poder ejecutivo como “realizador de la voluntad del Estado”, se advirtieron los precedentes modernos de la función notarial. Si bien la división del poder ha sido siempre promovida para frenar abusos de la autoridad, que ponen en riesgo la dignidad del gobernado; también ha sido una pretensión de mejorar la organización del aparato estatal.

Al notario, siendo un sujeto privado, se le asignan tareas propias del Estado, y se le delegan para garantizar el logro de un interés público. Se trata de un ejercicio privado de funciones públicas. Siendo ajenos a la estructura administrativa, presta el servicio con recursos propios, como todo profesionista independiente, sin generar costos para la autoridad.

Esta tesis tradicional, ha sido cuestionada en los últimos años, con el propósito de reconstruir la función notarial. Se trata, es cierto, de una actividad privada, con el particular interés de orientarse al logro de un interés público. Pero con ello se advierte una realidad jurídica: la negación del monopolio estatal de las funciones públicas. Giuseppe Celeste afirma que la función administrativa es atribuida a un sujeto que no es titular de ningún conjunto organizativo; y si bien siempre existe una función en sentido objetivo, entendida como determinación de las potestades en las cuales su ejercicio se concreta, no hay una estructura material a su servicio.¹⁰ Existen variables, derivadas de reformas legislativas, particularmente en Francia e Italia, mediante las cuales se asignan nuevas tareas públicas al notario, teniendo como ejemplos la tutela del medio ambiente urbano, los controles fiscales y la actualización de los registros públicos. El notario asume una tarea de auxiliar de la administración pública.

También es una función adicional, aquella mediante la cual se asigna al Consejo Nacional del Notariado Italiano el carácter de “ente autárquico instrumental”. Es decir, se le autoriza para que en su carácter de colegio profesional, genere normas deontológicas internas. Siendo órgano profesional, tiene reconocimiento legal de su autonomía normativa. Dicha expresión tiene relevancia si se enfoca,

el notariado español. XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino. México. 2004, p. 14.

¹⁰ Celeste, Giuseppe. La Imparcialidad del notario: Garantía del orden contractual. En ponencias del Consejo Nacional del Notariado Italiano, al XXIV Congreso Internacional del Notariado latino. México. 2004, p. 8.

para efectos del presente trabajo, a la regulación de la imparcialidad del notario.

LA IMPARCIALIDAD, UN PRINCIPIO CON RANGO CONSTITUCIONAL

Dada la relevancia del principio de imparcialidad como una condición para fortalecer el supremo principio jurídico de seguridad jurídica, es necesario reflexionar sobre la conveniencia de que en el servicio público se asegure la imparcialidad de la administración. Se trata de introducir en el texto constitucional un principio fundamental en la actuación de la administración pública para efectos de evitar actuaciones arbitrarias y parciales. La imparcialidad administrativa como una nueva forma de organización, ajena a las discrecionalidades y abusos. Al garantizar objetividad y neutralidad, hay un tratamiento más adecuado a los gobernados, al respetarse un igual tratamiento para todos.

Un referente es el caso italiano, cuyo texto constitucional establece que “los cargos públicos estarán organizados de manera tal que se aseguren su buen funcionamiento y la imparcialidad de la administración”.¹¹

Resulta de interés esta referencia a la garantía constitucional de imparcialidad de la administración pública, no solo por su expresión contemporánea de los nuevos derechos fundamentales, sino su alcance al ámbito del derecho notarial. Si el notario, ciertamente, no forma parte de un órgano integrante del aparato estatal, si desarrolla una función pública. Existe un vínculo, que algunos autores lo consideran como una actividad administrativa “sui generis”. En todo caso, por la naturaleza de su función, es imprescindible que existan condiciones de autonomía del órgano notarial para que, al no depender el notario del Ejecutivo (entendida como ausencia de subordinación jerárquica), se asegure imparcialidad en su desempeño. La garantía de legalidad de los actos entre particulares, se logra en virtud de que el notario guarde equidistancia entre las partes. En todo caso, al existir algún interés de la autoridad que propicie un vínculo, pueda favorecerse que se inhíba de toda pretensión de conocer dicho asunto.

El notario se encuentra presionado por los intereses de los poderosos, señala Bernardo Pérez Fernández del Castillo. El Estado o los grandes consorcios, que por su fuerza política o económica, tratan de doblegar la imparcialidad del notario.¹²

¹¹ Pallier, Balladore. La Nueva Constitución Italiana. Milán. 1948, p. 164.

¹² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. La Imparcialidad del notario: Garantía del orden contractual. En XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México. 2004, p. 7.

La garantía de imparcialidad tiene protección jurídica en México. La legislación en materia notarial la regula. Se trata de un deber jurídico de "no hacer". Cuando se advierten casos de incompatibilidad, se prescribe un deber de abstención. Cuando media un interés del notario en el asunto específico, hay por tanto, una ineludible obligación de comportamiento de omisión.

Como se advierte, estamos hablando en general de una doble tutela. Por un lado, la de los derechos de los particulares que comparecen ante notario; y, por otra, la de los valores jurídicos superiores, como en el presente caso, el de la seguridad jurídica.

LOS RIESGOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La contribución del derecho notarial a la seguridad jurídica es relevante, pero es solo una parte del amplio espacio del mundo jurídico. Existen otros ámbitos en los que se advierten francos riesgos para la seguridad y que ponen en entredicho su realización de alto valor jurídico. Sin su consecución dejaría de tener razón prácticamente los afanes del derecho.

La seguridad jurídica, en lo general, tiene dos dimensiones, expresa el sociólogo Teodoro Geiger:

1. **La seguridad de certeza del orden.** Con ello se requiere que los destinatarios de las normas conozcan adecuadamente el contenido de éstas, para orientar su conducta y se requiere, también, que los delinquentes no hagan impunemente de las suyas, ya sea porque el poder público es débil, ó, peor, es negligente y no logra imponer más la aplicación. Seguridad y eficiencia terminan siendo lo mismo.

Es preciso, por tanto, que la ley impida discrecionalidad del funcionario. Además, evitar que demasiadas prescripciones legales sobre un mismo hecho, con lo que nadie sabe a que atenerse. Finalmente, se requiere evitar que con tanta frecuencia se modifiquen las normas jurídicas, que ni siquiera llegan a conocerse bien para adecuar la conducta del ciudadano.

2. La otra dimensión de la seguridad jurídica es **la seguridad de confianza en el orden.** Una cosa es conocer los derechos y otra confiar en ellos. No solo el cumplimiento de las normas, sino la correcta aplicación de aquellas. La obediencia más la aplicación definen la eficiencia de un sistema jurídico.

La seguridad jurídica significa simplemente la eliminación de todo aquello que implique arbitrariedad. Que la persona, sus bienes y derechos no se ataquen y, si llega a producirse, tengan reparación.

Ricardo García Manrique, de la Universidad de Barcelona, publicó el año pasado una obra "El Valor de la Seguridad Jurídica", en la que concluye que la seguridad jurídica es solo la expresión de la eficacia de un sistema jurídico y solo tiene un valor instrumental. La dignidad del derecho no recae en el valor de la seguridad jurídica, sino en la capacidad de cada sistema jurídico para contribuir al establecimiento de una sociedad justa; la seguridad jurídica garantiza a los individuos la capacidad de predecir la acción de los demás y, en especial, de los que poseen el poder.¹³

En conclusión, para el notario, la seguridad jurídica es sustancial. Es un anhelo, propio de su profesión liberal, tal y como la denomina la Declaración de la UINL (Unión Internacional del Notariado Latino).

¹³ García Manrique, Ricardo. El Valor de la Seguridad Jurídica. Fontamara. México. 2007, p. 279.