

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO: BASES PARA UNA TEORÍA GENERAL*

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ**

SUMARIO: I. El notario como funcionario público a efectos penales. II. Las repercusiones jurídico-penales de la vinculación institucional del notario con el Notariado. III. Los delitos contra el Notariado. IV. La intervención del notario en delitos patrimoniales y económicos: matizaciones a la STS (3ª, secc. 6ª) de 20 de mayo de 2008. V. Propuestas de reformas legales.

I. EL NOTARIO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES

1. Introducción: la condición de notario ante el Derecho penal

1. En el Derecho penal español, al igual que en el de otros países de nuestro entorno, no existen dudas especiales acerca de que el notario debe ser considerado funcionario público¹. Para constatarlo, basta con partir de la definición legal del art. 24.2 CP:

“2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Ciertamente, parece claro que el notario “*participa en el ejercicio de funciones públicas*” tras su nombramiento como tal por la autoridad competente y en los términos establecidos por la legislación notarial. También parece bastante claro que el notario debe ser considerado autoridad, a los efectos de dicha definición legal, que asocia tal condición al ejercicio de “*mando*” o “*jurisdicción propia*”. Así, según el art. 24.1 CP:

“1. A efectos penales se reputará al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal o órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, el Senado, de las Asambleas Legislativas de las

Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

En efecto, la interpretación más común asocia el término “*mando*” al poder coactivo, a la potestad de reclamar obediencia, así como al poder de decisión. En cuanto al término “*jurisdicción*”, este es entendido, en la concepción más lata, como “*capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos*”.

2. Es cierto que el notario no resuelve ni en asuntos judiciales ni administrativos. Pero también lo es que sí goza de capacidad decisoria: fundamentalmente en lo que se refiere a la denegación o no su ministerio. Como, asimismo, que dicha capacidad de decisión tiene naturaleza pública (desde luego no es privada). Si, por lo demás, entendemos por “*resolución*” —como es usual— aquel acto de contenido decisorio que afecta al ámbito de los derechos y deberes de los ciudadanos, puede concluirse que el notario dicta resoluciones. Dichas resoluciones son equiparables, en lo que aquí interesa (esto es, en lo relativo a la conformación de situaciones jurídicamente relevantes), a las judiciales o administrativas. El hecho de que la interpretación doctrinal referida haya pensado solo en asuntos judiciales o administrativos se debe entonces, probablemente, a la visión simplista que asocia lo público al ámbito administrativo o judicial, exclusivamente. Es esta visión, entre otras, la que dificulta en ocasiones la adecuada percepción del carácter público de la función notarial. Pues lo que resulta claro es

* Las referencias a disposiciones legales tienen por objeto el Derecho español.

** Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), España.

1 Cfr., sin embargo, el Auto de la AP Cáceres (secc. 2ª) de 13 de marzo de 2003, que rechaza dicha condición.

que el notario no se integra en la estructura jerárquica de las administraciones públicas, como tampoco forma parte del poder judicial.

3. La afirmación de que el notario es funcionario público (y autoridad) para el Derecho penal implica una vinculación de sus funciones con el Estado: su encuadre en una institución pública. Ahora bien, dicho encuadramiento no tiene lugar, como se ha indicado, a través de las instituciones que conocemos como “Administración pública” o “Administración de Justicia”. Más bien, la condición de funcionario público del notario deriva de su integración en una institución pública distinta de las anteriores -el “Notariado”-, que se vincula al Estado como institución de garantía de la seguridad jurídica preventiva².

4. Por lo tanto: el notario es funcionario público y autoridad porque se integra en una institución -el Notariado- en la que el Estado ha depositado el ejercicio de la función pública de garantizar la seguridad jurídica preventiva³. El hecho de que ello haya sido la consecuencia de una evolución histórica en cuyo origen el Notariado se mostraba básicamente como una institución social, no cambia la conclusión. La juridificación de expectativas originariamente solo sociales constituye una dinámica común en los Estados modernos, orientada al reforzamiento de aquellas⁴. Lo que resulta peculiar del caso del Notariado es que el proceso de juridificación y estatalización no ha alterado, en lo esencial, la institución social preexistente,

burocratizándola y generando “distancia”⁵. Al contrario -y seguramente por la dimensión profesional de la actividad notarial- se ha mantenido una proximidad al caso y a las partes otorgantes ajena a toda suerte de burocracia.

5. El encuadramiento del Notario entre las “autoridades” a efectos penales le garantiza la protección que el Código penal dispensa a aquellas. Por eso, es correcto el tenor del art. 61 RN:

“El notario requerido para ejercer su ministerio, a quien se impida o dificulte el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción, lo hará constar, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 550, 551.1, 552, 553, 555 y 556 del Código penal, por medio de acta, que firmarán él mismo y los testigos concurrentes y, en su caso, la persona o personas que se presten a suscribirla, de cuyo documento se sacarán tres copias que, dentro de las veinticuatro horas siguientes, serán remitidas al Juez de Instrucción, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y a la Junta Directiva del Colegio Notarial. Esta tendrá legitimación para ejercitar las acciones civiles y criminales que estime convenientes, incluso para interponer la querrela en nombre propio y en el del notario⁶.”

De igual modo se procederá, a tenor de lo dispuesto en el artículo 634 del Código Penal, cuando, sin incurrir en delito, se faltare al respeto y consideración debida al notario⁷. Además, el notario podrá reclamar

2 Ello, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia. Por debajo de la DGRN, el Notariado muestra un significativo nivel de autoorganización: Consejo General del Notariado, Colegios Notariales autonómicos y notarios en particular.

3 *F.X. Kaufmann*, Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit; die Sicht der Soziologie, en AA.VV., *Gesellschaft und Unsicherheit*, München 1987, pp. 37 y ss..

4 Sobre ello, *Silva Sánchez*, La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales, *Persona y Derecho* 56, 2007, pp. 35 y ss. . *Versión portuguesa para Brasil*: A ingerência das leis: problemas da juridificação das relações sociais (trad. B. Costa Teixeira/J. Pinheiro Faro Homem de Siqueira), *Panóptica*, Año 2, número 12, Março-Junho 2008, pp. 16 y ss.(www.panoptica.org/marcojunho08.htm).

5 *Silva Sánchez*, *Ibidem*.

6 Este inciso muestra una cierta singularidad. Una forma de darle la cobertura legal que precisa (en la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es sostener que los hechos en cuestión se consideran lesivos no solo del notario en particular, sino del Notariado en general. De ahí que se sostenga la legitimación de la Junta Directiva del Colegio Notarial para ejercitar acciones penales “en nombre propio”, además de en nombre del “notario” directamente afectado. Pues el ejercicio de la acción penal como “acusación particular” requiere la ostentación de la condición de sujeto pasivo del delito. Claro es que existe otra forma de ejercicio de la acción penal -la acusación popular-, que requiere una “relación de interés legítimo” con el objeto del proceso mucho más laxa y sin duda permitiría su ejercicio por el Colegio Notarial, aun cuando no se considerara que este es también sujeto pasivo del delito. En cuanto al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delito, el problema es menor, pues no cabe duda de que no solo el notario afectado, sino también el propio Notariado en su conjunto, sufre un daño moral, además del material que pueda darse.

7 El art. 634 CP fue aplicado por la SAP León (secc. 2ª) de 27 de marzo de 2002 a quien “de malos modos” condujo a un notario “por la fuerza hasta la escalera del inmueble (...) impidiéndole el cumplimiento de su específica función de practicar un requerimiento notarial”.

directamente, y bajo su responsabilidad, la asistencia de agentes de la autoridad, los cuales vendrán obligados a prestarla, con arreglo a sus respectivos reglamentos”.

A pesar de que la STS (3ª, secc. 6ª) de 20 de mayo de 2008 ponga en cuestión su legalidad, y rechace su anulación solo por razones de falta de legitimación de los recurrentes, lo cierto es que dicho precepto, entendido como se ha indicado más arriba, se limitaría a remitir explícita o implícitamente a disposiciones legales ya existentes (la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que darían cobertura plena a todo su contenido.

2. La relación entre el notario y el Notariado

1. La entrada en un contexto institucional hace surgir en los sujetos que lo hacen la condición de destinatarios de un haz de expectativas⁸. Estas expectativas configuran su posición institucional. En el caso de las instituciones jurídicas, tal posición hace del sujeto un centro de imputación de específicos deberes (y derechos). Ahora bien, en las instituciones jurídicas positivas –como es el caso del Notariado–, en concreto, el deber fundamental –del que derivan todos los demás– es el de lealtad o fidelidad a la institución. Por lo tanto, el deber de lealtad define la relación del *intraneus* con la institución en la que se integra. Así como los funcionarios de la Administración pública deben lealtad a esta y los miembros del Poder Judicial a este, los funcionarios públicos notariales están vinculados por deberes de lealtad a la institución (jurídico-pública) notarial. La existencia de deberes de lealtad (y la sanción de su infracción) constituyen el presupuesto de la vigencia contrafáctica de la institución. Ahora bien, solo el efectivo cumplimiento de dichos deberes garantiza la real permanencia de la institución, frenando eventuales procesos de desinstitucionalización o, al menos, de deterioro institucional.

2. La forma a través de la que se manifiestan los deberes de lealtad institucional es diversa en cada institución. En el caso del Notariado, un elemento esencial de la posición de deber es la simultánea ostentación por el notario del rol de funcionario público y de profesional del Derecho. Por lo tanto, el cumplimiento de sus deberes institucionales exige del notario esa peculiar actuación “como funcionario público y profesional a la vez”⁹. Ahora bien, cabe preguntarse qué añade la consideración de profesional a la de funcionario público en lo relativo a los deberes institucionales del notario. No se trata aquí de los aspectos organizativos de la actividad notarial, en los que dicha dimensión profesional es evidente. En mi opinión, la organización de la actividad notarial como profesión (independencia, libre elección, competencia) se explica bastante bien en términos de contribución al mejor cumplimiento de la función pública notarial. Lo que aquí interesa es, sin embargo, precisar la incidencia de lo “profesional” en el concreto ejercicio de la función notarial. Pues bien, cuando ya nos encontramos ante esto último, la dimensión pública absorbe el ejercicio profesional del Derecho: lo “pública”. Ello, ya desde el momento de la intervención del notario como asesor que proporciona información y consejo. Solo en la medida en que cada notario personifica (y personifique) al Notariado como institución pública puede explicarse (y podrá proseguir) la confianza de quienes entran en relación con la actividad notarial, dentro o fuera de la notaría, sin ostentar la condición de clientes del concreto notario de que se trate.

3. La permanencia de un sustrato profesional en el ejercicio de la función pública notarial no es, sin embargo, irrelevante. Básicamente, propicia una escasa estandarización (o administrativización) de tal función (con sus secuelas de formalismo y burocratización). En otras palabras, determina que en el ejercicio

8 Sobre el particular, con más detalle, *Silva Sánchez*, La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro, en AA.VV., Delitos económicos. La función notarial y el Derecho penal, Pamplona 2007, pp. 261 y ss.

9 *Rodríguez Adrados*, El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad, *Revista de Derecho Notarial* (107), 1980. También SSTS de 23 de enero de 1990 y de 10 de junio de 2003.

A mi juicio, dicha inescindibilidad no aparece bien formulada en el art. 1 RN: “Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”.

Ello, en particular, en la medida en que parece excluir de la dimensión de funcionario público el acto de asesoramiento imparcial y compensador, al tiempo que no contempla de modo específico el control de legalidad.

de la función notarial tenga lugar un significativo acercamiento del Derecho al negocio jurídico concreto y a las necesidades de las partes otorgantes de este. Es por esta dimensión profesional por lo que los conocimientos especiales del notario adquieren, a mi juicio, relevancia institucional.

Los conocimientos especiales son, en efecto, la base del ejercicio competitivo de la función notarial. Pero también tienen una incidencia en el régimen de responsabilidad (penal). En este punto la cuestión se refiere tanto a los conocimientos de hecho como de Derecho. El problema general que aquí se manifiesta tiene por objeto la relación existente entre posiciones institucionales y conocimientos especiales. La relevancia de los conocimientos especiales a los efectos de atribución de responsabilidad penal en el marco de una institución depende, en puridad, de si el recurso a ellos se corresponde con la lógica de la institución en la que el sujeto se halla integrado o, por el contrario, la violenta. En el caso del Notariado el factor profesional subyacente a la función pública debería conllevar la obligación de aplicación de los conocimientos especiales.

II. LAS REPERCUSIONES JURÍDICO-PENALES DE LA VINCULACIÓN INSTITUCIONAL DEL NOTARIO CON EL NOTARIADO

1. Introducción

1. Dado que cada notario personifica, en el momento de ejercer sus funciones, a la propia institución notarial, la comisión de cualquier delito por parte de aquel en tanto que notario conlleva una lesión adicional de la propia institución. El delito cometido en tales circunstancias, en efecto, no solo lesiona los correspondientes bienes jurídicos de terceros, sino la propia confianza general en el Notariado como institución

sometida al Derecho y al servicio de los intereses generales.

2. Al margen de lo anterior, existen conductas que, independientemente de su eventual trascendencia *ad extra* –que siempre acabará teniendo lugar, al tratarse en el Notariado de una institución pública–, lesionan de entrada la relación institucional entre el notario y el Notariado. Ello no configura sino una situación paralela a la de los delitos que lesionan la relación interna entre el juez y la Administración de Justicia o la existente entre el funcionario público administrativo y la Administración Pública. Como veremos, sin embargo, el Código penal no tipifica “Delitos contra el Notariado”, frente a lo que sucede con los “Delitos contra la Administración de Justicia” o con los “Delitos contra la Administración Pública”. Pues bien, la inexistencia de unos específicos delitos contra el Notariado desdibuja la condición jurídico-pública del notario. En efecto, el Derecho penal, en la medida en que protege el núcleo de la identidad normativa de la sociedad, también contribuye a la percepción de cuál es esa identidad normativa nuclear. El núcleo de la identidad normativa de una sociedad aparece integrado por aquellas normas e instituciones sin las cuales una sociedad no se comprende a sí misma. Si se considera que el Notariado se encuentra entre tales normas e instituciones, entonces debe ser objeto de específica protección penal. La densidad de esa protección penal, por lo demás, depende del perfil institucional del Notariado. Expresado de otro modo, de los efectos de la actividad notarial sobre el tráfico jurídico: más en concreto, de los efectos jurídicos y sociales del documento público. No es lo mismo sostener que dichos efectos se ciñen –o deben ceñirse– a los derivados de la dación de fe pública (testimonio cualificado) que afirmar que, además, alcanzan a una presunción de validez intrínseca en cuanto a su contenido (Res. DGRN de 14 de febrero de 2007¹⁰). Es

10 “El documento público notarial goza de tres presunciones previstas en una norma con rango de Ley como son las de veracidad, integridad y legalidad. Dichas presunciones tienen su origen en la imposición al notario de la obligación de velar por la regularidad, no solo formal, sino material del acto o negocio jurídico que autoriza o interviene, lo que exige del mismo una serie de actuaciones positivas previas al mismo hecho de la autorización o intervención; así, podemos destacar: asegurarse acerca de cuál sea la identidad de los otorgantes, indagar su verdadera voluntad y controlar la legalidad del acto o negocio jurídico que se pretende realizar desde las perspectivas formal y material (elementos esenciales, naturales y accidentales) a los efectos de su documentación pública.

Veracidad implica que desde la perspectiva de la narración de los hechos y del contenido del acto o negocio documentado el mismo se corresponde con la realidad extradocumental; por ejemplo, que los otorgantes son quienes se dice en el instrumento y que cuentan con capacidad natural y jurídica para la conclusión de lo documentado; que el acto o negocio jurídico concluido es el que es y no otro; que sus elementos esenciales, naturales y accidentales son los reflejados en su clausulado y que, en suma, la realidad extradocumental ha sucedido como se narra y refleja en el instrumento. Por ello, hasta el mismo Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) previó un tipo de falsedad específico (artículos 390 y siguientes).

obvio que, en este último caso, la intervención del Derecho penal sobre la actividad notarial ha de ser más intensa¹¹.

2. La agravación de delitos comunes por la ostentación de carácter público

1. La ostentación de la condición de notario-funcionario público conlleva una agravación de la responsabilidad penal en la que este pueda incurrir por la comisión de delitos comunes contra bienes jurídicos de terceros en el ejercicio de sus funciones. Ello se halla previsto con carácter general en el Código penal español, que en su catálogo de circunstancias agravantes contiene la de “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” (art. 22, 7ª CP). Sin embargo, además, en un número no irrelevante de preceptos del Código penal se establecen de modo específico tipos cualificados para el caso de que el delito (de entrada, común) se cometa por funcionarios públicos o autoridades. Un ejemplo significativo, que puede tener alguna repercusión en el ámbito notarial, se halla en el ámbito de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución. Así, por ejemplo, si el notario deniega su intervención, por motivos discriminatorios, a quien se la solicita, no le es aplicable lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 511 CP:

“1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”, ni mucho menos lo dispuesto en el art. 512 CP:

“Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tuviera derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un periodo de uno a cuatro años”,

sino precisamente lo que establece el art. 511.3 CP por relación a los números 1 y 2, antes mencionados:

“3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior (*scil. prisión de un año y tres meses a dos años y multa de dieciocho a veinticuatro meses*) y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”¹².

2. Otro tanto ocurre en el caso del descubrimiento y revelación de secretos. Ciertamente, al notario le es aplicable el art. 198 CP en relación con los apartados 4. y, eventualmente, 5, del art. 197, y no el conjunto de disposiciones generales de este último.

Art. 198: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el

Integridad supone que el documento no carece de ninguna de sus partes en el sentido de que narra toda la verdad. Por ello, un documento no sería veraz si recogiera una parte de la realidad y diera o elevara esta a rango de totalidad de lo ocurrido.

La consecuencia de las dos presunciones expuestas es la de legalidad. Que una realidad jurídica se presuma conforme a la legalidad implica que su contenido y efectos están ajustados al ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, que el acto o negocio jurídico documentado y por extensión el mismo documento es conforme a la legislación que rige aquel, desplegando por ellos unos efectos privilegiados respecto de otros tipos documentales”.

- 11 En todo caso, la intervención del notario en un hecho penalmente relevante no conlleva solo la responsabilidad penal de aquel, sino también la responsabilidad civil derivada de delito. esta, en la medida en que se genere en un delito doloso (aun doloso-eventual), no es asegurable.
- 12 Es posible que, en algún caso, la intervención del notario genere en este algún conflicto de conciencia. No cabe, pues, descartar la objeción de conciencia por parte del funcionario notarial, que debería contemplarse, atendiendo a sus peculiaridades, en términos análogos a la regulación que se establezca para los funcionarios judiciales o administrativos.

artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años¹³.

Igualmente, tampoco le es aplicable el art. 199 CP, relativo a la revelación de secretos profesionales, sino el art. 417 CP (aunque esto último, con las matizaciones que se realizarán más adelante).

Art. 417:

1. La autoridad o funcionario público que revele secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

En cualquier caso, no cabe desconocer las dificultades que se producen cuando se trata de articular el específico supuesto de hecho de aplicación de cada uno

de los tipos delictivos, habida cuenta de la diferencia entre las penas que conlleva cada uno de ellos.

3. En cuanto al blanqueo de capitales, el notario que interviene en él no recibe la pena del tipo básico del art. 301, en sus respectivas modalidades dolosa (art. 301.1 y 2)¹⁴ y culposa (art. 301.3¹⁵) sino la del art. 303 CP. Dado que, según hemos indicado al inicio, el notario no solo es funcionario público, sino autoridad, su intervención en hechos constitutivos de blanqueo de capitales daría lugar, además de a la pena privativa de libertad y de la pena pecuniaria, a la adicional imposición de la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años.

4. En cambio, y sorprendentemente, la intervención en un delito contra la Hacienda pública o contra la Seguridad social no conlleva tal incremento de pena (sino solo, en su caso, la genérica del art. 22, 7ª CP). La ausencia de una previsión específica al respecto sorprende, sobre todo, habida cuenta de las modificaciones que la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, ha introducido en la Ley del Notariado. Dichas modificaciones determinan la configuración del notario como sujeto que se encuentra en posición de garante con respecto al cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte del obligado tributario. Así, en particular, en virtud del texto del vigente art. 24 LN, cuyos párrafos segundo y tercero señalan:

13 Art. 197:

“4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior”. El apartado 6. añade una agravación adicional para los casos en que la conducta responda a fines lucrativos.

14 Art. 301:

“1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefácientes o sustancias psicotrópicas descritas en los artículos 368 a 372 de este Código.

En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos”.

15 3. Si los hechos se realizan por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.

“Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.

En consecuencia, este deber especial exige del Notario el cumplimiento de aquellas obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades”.

3. Aparentes divergencias entre los deberes jurídico-penales y las obligaciones administrativas

1. En el caso de los hechos ilícitos que se acaban de comentar, debe ponerse de relieve la existencia de alguna contradicción (al menos, *prima facie*) entre las obligaciones administrativas que la legislación de prevención del blanqueo de capitales y del fraude fiscal imponen a los notarios y el contenido de los deberes jurídico-penales que recaen sobre ellos en estos casos. En efecto, si se atiende a lo dispuesto en la legislación sectorial, parece que sobre el notario pesa un deber de comunicación tras la autorización del documento, cuya vulneración conllevará sanciones disciplinarias. La propia legislación notarial parece hacerse eco de esta perspectiva. Así, el art. 24 LN en sus párrafos cuarto y siguientes:

“En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria.

Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del

Notariado.

En las escrituras públicas a las que se refieren este artículo y el artículo 23 de esta Ley, el Consejo General del Notariado suministrará a la Administración tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley, la información relativa a las operaciones en las que se hubiera incumplido la obligación de comunicar al Notario el número de identificación fiscal para su constancia en la escritura, así como los medios de pago empleados y, en su caso, la negativa a identificar los medios de pago. Estos datos deberán constar en los índices informatizados”.

O bien el art. 17.2 LN:

“A los efectos de la debida colaboración del Notario y de su organización corporativa con las Administraciones públicas, los notarios estarán obligados a llevar índices informatizados y, en su caso, en soporte papel de los documentos protocolizados e intervenidos. El Notario deberá velar por la más estricta veracidad de dichos índices, así como por su correspondencia con los documentos públicos autorizados e intervenidos, y será responsable de cualquier discrepancia que exista entre aquellos y estos, así como del incumplimiento de sus plazos de remisión. Reglamentariamente se determinará el contenido de tales índices, pudiéndose delegar en el Consejo General del Notariado la adición de nuevos datos, así como la concreción de sus características técnicas de elaboración, remisión y conservación.

El Consejo General del Notariado formará un índice único informatizado con la agregación de los índices informatizados que los notarios deben remitir a los Colegios Notariales. A estos efectos, con la periodicidad y en los plazos reglamentariamente establecidos, los notarios remitirán los índices telemáticamente a través de su red corporativa y con las garantías debidas de confidencialidad a los Colegios Notariales, que los remitirán, por idéntico medio, al Consejo General del Notariado.

3. Corresponderá al Consejo General del Notariado proporcionar información estadística en el ámbito de su competencia, así como suministrar cuanta información del índice sea precisa a las Administraciones públicas que, conforme a la Ley, puedan acceder a su contenido, a cuyo efecto podrá crear una unidad especializada.

En particular, y sin perjuicio de otras formas de colaboración que puedan resultar procedentes, el Consejo General del Notariado suministrará a las

Administraciones tributarias la información contenida en el índice único informatizado con trascendencia tributaria que precisen para el cumplimiento de sus funciones estando a lo dispuesto en el artículo 94.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, permitirá el acceso telemático directo de las Administraciones tributarias al índice y recabará del Notario para su posterior remisión la copia del instrumento público a que se refiera la solicitud de información cuando esta se efectúe a través de dicho Consejo”.

2. En cambio, si se atiende a la estructura de imputación de responsabilidad jurídico-penal, en los casos en los que la operación en la que se solicita su intervención autorizadora ofrece sospechas de delito (en lo que aquí interesa, de blanqueo de capitales o defraudación tributaria), el deber notarial sería el de denegar su intervención¹⁶.

3. Tal aparente diversidad de regímenes podría conducir a la conclusión de que el contenido del deber notarial es “o bien no autorizar, o bien autorizar comunicándolo luego”. Sin embargo, tal conclusión sería errónea. Si el notario llega a conocer –aunque no sea de modo seguro, sino solo en términos de dolo eventual– el carácter de defraudación tributaria punible del negocio jurídico con respecto al cual se solicita su intervención autorizadora, entonces el deber jurídico-penal del notario es denegar su autorización. Dicho deber no es susceptible de cumplimiento alternativo por la vía de la “autorización seguida de comunicación”¹⁷. De modo que una autorización notarial –aun seguida de comunicación– implicaría una posible participación dolosa en el delito de que se trate. Ahora bien, si el notario se mueve en el ámbito de las meras sospechas o conjeturas, o en la constatación objetiva del mero incumplimiento de obligaciones formales, no existiendo base para que tenga por segura ni siquiera por probable la comisión de un delito fiscal en el negocio en cuestión, entonces se halla exclusivamente en el ámbito de los deberes administrativos de colaboración mediante la comunicación.

A mi juicio, si el notario conoce de modo seguro o probable que se halla ante un negocio jurídico ordenado a (o encuadrado en) un plan de comisión de una infracción administrativa tributaria, también procede que deniegue su autorización.

4. Las cosas son algo más complejas en el caso del blanqueo de capitales. En efecto, según se ha indicado, el delito de blanqueo de capitales, y en consecuencia también la intervención en él, es punible en Derecho español tanto en la modalidad dolosa como en la culposa. Esto significa que el Derecho penal impone al notario la obligación de abstenerse de una intervención autorizadora en relación con negocios jurídicos respecto de los cuales, aunque no sepa seguro ni tenga por probable su naturaleza de blanqueo de capitales, sí sea previsible que puedan serlo. Ello, a los ojos de cualquier sujeto medianamente diligente en su posición. Pues, en tal caso, el deber de cuidado del notario conlleva que no pueda autorizar el correspondiente documento público.

5. En el supuesto del blanqueo, parece que el cumplimiento del deber administrativo de comunicación sería suficiente solo en aquellos casos cuya inserción en el ámbito del blanqueo de capitales ni siquiera fuera previsible para un sujeto medianamente diligente. En efecto, la realización de actos de blanqueo o de favorecimiento de este por imprudencia leve no es punible. Así, en situaciones de hecho en las que solo un sujeto extraordinariamente diligente advertiría la existencia de blanqueo de capitales, no es penalmente exigible la abstención del notario. Ante la más leve sospecha no pesa sobre este una deber de abstención, pero sí de comunicación.

4. Las colisiones de deberes en el ámbito notarial

1. A la vista de todo lo anterior, parece claro que no puede excluirse la aparición de una colisión de deberes en el marco de la actividad notarial. En particular, entre los deberes de secreto y los deberes de comunicación. Este conflicto muestra una especial característica, a saber, que el deber de secreto es de naturaleza jurídico-penal, mientras que los deberes de comunicación tienen naturaleza jurídico-administrativa.

2. Ahora bien, la regulación jurídico-penal del deber de secreto de los funcionarios públicos contiene cláusulas de salvaguarda que excluyen la tipicidad (o, en todo caso conllevan la justificación) de la conducta reveladora del secreto en los casos permitidos por la Ley (arts. 198, 417 CP). Ello debe conducir a la prevalencia de los deberes jurídico-públicos de comunicación sobre el deber de secreto.

16 Cfr. sobre ello *Silva Sánchez*, La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos, en AA.VV., *Judicatura y notariado ante los delitos económicos*, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial 73, 2005, pp. 165 y ss.

17 Ello no obsta a que, una vez denegada la autorización, el notario tenga el deber de denunciar los hechos. En mi opinión, esta obligación sigue existiendo.

3. En efecto, en puridad debería hablarse de la existencia de una colisión de deberes solo *prima facie*. Pues, aunque parezca que tal colisión se da, dicha colisión se resuelve por los propios tipos relativos al deber de secreto, que ya legalmente conceden su subordinación a los eventuales deberes de comunicación.

Así, el art. 198 CP tipifica la realización de actos de descubrimiento o revelación de secretos por parte de autoridades o funcionarios públicos solo cuando aquella tenga lugar “fuera de los casos permitidos por la ley”. Por su parte, el art. 417 CP solo califica de delictivas las revelaciones de secretos o informaciones que las autoridades o funcionarios públicos conozcan por razón de su oficio o cargo y que “que no deban ser divulgados”. Lo que pone de relieve que, en los casos en que la Ley lo permite, más aún, en los casos en que existe un deber de divulgación, no puede considerarse cometido el delito de descubrimiento o revelación de secretos.

III. LOS DELITOS CONTRA EL NOTARIADO

1 Introducción

1. Por “delitos contra el Notariado” debe entenderse aquellas conductas que atentan contra el perfil institucional de aquel y, en consecuencia, contra su específica forma de servir a los intereses generales. Así sentado, y de modo paralelo a lo que sucede con los delitos contra la Administración pública y contra la Administración de justicia, aquellos delitos pueden ser cometidos tanto por integrantes de la institución notarial (*intranei*) como por sujetos externos a esta (*extranei*).

2. Aunque las falsedades en documento público son de entrada un delito común¹⁸, su comisión por un notario constituye realmente un delito contra el Notariado. Ellas, en efecto, afectan directamente a la *veracidad* del documento –y, consiguientemente, del notario–, lo que conforma la dimensión probablemente más conocida del Notariado, concebido a su vez como institución portadora en esencia de la fe pública extrajudicial. Sin embargo, como ya se ha indicado, el perfil institucional del notario no se reduce a la condición de “sujeto veraz” propia de su condición de fedatario público. Por lo tanto, las falsedades, aunque se muestren como el delito imputable por antonomasia a un notario, no agotan el elenco de

conductas anti-institucionales de este. La infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 413 y ss. CP); la desobediencia y denegación de auxilio (arts. 410 y ss. CP); el cohecho (arts. 419 y ss. CP); las exacciones ilegales (436 y ss. CP); y las negociaciones prohibidas (arts. 439 y ss. CP) son otros posibles ejemplos de tales conductas lesivas de la institución notarial que pueden ser llevadas a cabo por un notario. Con todo, es preciso realizar alguna matización en torno al modo en que el Derecho español vigente regula delitos como los mencionados, que podría dificultar en cierta medida su aplicación a la actividad notarial.

2. Panorámica

1. En particular, por su significado central en el marco del Notariado, conviene considerar también los posibles atentados delictivos contra las actividades institucionales de asesoramiento, de imparcialidad compensadora y de control de la legalidad. La afectación lesiva de estas vertientes de la institución notarial puede dar lugar, ciertamente, también a la comisión de delitos que afecten a bienes jurídicos individuales de terceros sujetos. Pero ello no agota su dimensión de lesividad. Pues ya antes –o al tiempo– atentan contra el modo específico en que el Notariado sirve, desde el Estado, a la sociedad. Con ello, cuestionan a la propia institución.

2. Pese a lo que se acaba de señalar, no existe en el Código penal un Título o Capítulo relativo a los delitos contra la Institución Notarial, a diferencia de lo que ocurre en los casos de otras instituciones públicas como la Administración de Justicia o la Administración Pública. Es cierto que la literalidad de algunos de los tipos delictivos integrados en el Título de los delitos contra la Administración pública sería aplicable a la actividad notarial. De hecho, *supra* se ha hecho referencia a algunos de ellos. Sin embargo, una interpretación que integre conductas realizadas por notarios en dicho título puede chocar con algún argumento teleológico. Siendo la Administración pública y su funcionamiento el objeto de protección, está bastante claro que el notario no pertenece a la estructura jerárquica de aquella ni, por lo tanto, la puede lesionar con su actuación contraria a la institución notarial. Por lo demás, en otros casos de delitos contra la Administración pública ni siquiera la literalidad del

18 Título XVIII CP (De las Falsedades), Capítulo II (De las falsedades documentales): arts. 390 y 391 CP, que describen la falsedad dolosa y la imprudente, respectivamente.

tipo admite la subsunción de conductas notariales. Este es, muy en particular, el caso de la prevaricación (art. 404 CP) que requiere que se dicte, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en un asunto administrativo¹⁹. Aunque aceptemos que el notario puede dictar resoluciones (actos de contenido decisorio), parece bastante claro que estas no tienen lugar “en asunto administrativo”.

3. Una dimensión esencial de la institución notarial que, sin embargo, no goza de específica protección penal es la de imparcialidad. Se trata aquí de una característica, por lo demás, sustancialmente pública. De ahí que también se predique de la Administración pública, cuya misión es servir, con objetividad, a los intereses generales (art. 103 CE) mediante, entre otros instrumentos, la imparcialidad de sus funcionarios. La peculiar forma que adopta la imparcialidad notarial –como imparcialidad compensadora– y los riesgos a que esta se ve sometida por el peculiar modo de organizar (independencia, carácter profesional, libre elección, competencia) la prestación de la función pública notarial determinan la necesidad de arbitrar un instrumento orientado a su protección represiva.

4. La figura delictiva a través de la cual se protege la imparcialidad del funcionario público administrativo es el delito de cohecho (arts. 419 y ss. CP). Resulta, sin embargo, dudoso que este delito, muy centrado en la venalidad del funcionario público, se adapte plenamente, en su propia literalidad, a las necesidades del ámbito notarial²⁰. Ello, dejando al margen la observación realizada antes sobre la dificultad de integrar conductas lesivas de la institución notarial en un Título del Código penal que se refiere a los delitos

contra la Administración pública. Con todo, no debe excluirse radicalmente la posibilidad de aplicar el delito de cohecho, tal como se halla definido, a las conductas notariales en que –por dádiva, ofrecimiento o promesa– se omite dolosamente la información compensadora (art. 421 CP²¹), así como a casos en que se comete una falsedad en documento público por móviles económicos (art. 419 CP²²) o se asesora de forma defectuosa por idénticos móviles (art. 420 CP²³).

5. El ejercicio de la función de control de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que tiene ante sí da pie a la manifestación esencial de la actividad resolutoria del notario: la que constata la conformidad a Derecho o no de dicho negocio y decide su intervención autorizadora o la denegación de esta²⁴. Dado lo esencial de esta actuación –su trascendencia pública– parece que, al margen del sistema de recursos e incluso de sanciones disciplinarias, los casos más graves de autorización indebida o de indebida denegación deberían generar la correspondiente responsabilidad penal. Ello es lo que sucede en el ámbito de la Administración pública o de la Administración de justicia. Actualmente, sin embargo, no es posible aplicar al ámbito del Notariado la regulación del delito de prevaricación prevista en los delitos contra la Administración pública, ya en su propia literalidad. En efecto, como se ha señalado más arriba, el notario no puede dictar resoluciones arbitrarias “en asunto administrativo”. La necesidad de una regulación legal en cuya virtud se sancionen penalmente las manifestaciones más graves de arbitrariedad en el ejercicio de esta función notarial se hace, pues, evidente. También aquí, por lo demás, se pone de manifiesto en qué medida la lesión institucional es independiente de la afectación de bienes jurídicos

19 En el caso de la prevaricación judicial no solo se sanciona el dictado a sabiendas de una resolución injusta (art. 446 CP), sino también el caso de la resolución manifiestamente injusta que es consecuencia de imprudencia grave o ignorancia inexcusable (art. 447 CP).

20 Por ejemplo, en cuanto a la concepción que subyace a los arts. 419 y ss. en lo relativo a los incentivos económicos (dádiva, ofrecimientos o promesa) de la lesión de la imparcialidad.

21 Abstenciones de actos de oficio por dádivas solicitadas, recibidas o prometidas.

22 Comisión de delitos por dádiva, ofrecimiento o promesa.

23 Realización de acto injustos no delictivos por los mismos móviles.

24 Cfr., de nuevo, la Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2007: “el notario debe denegar su ministerio, esto es, debe negarse a autorizar o intervenir el acto o negocio jurídico cuando el mismo sea contrario a la legalidad vigente tal y como disponía el artículo 145 del Reglamento Notarial (RCL 1945, 57) en la redacción precedente y preceptúa en la actual. Así, se sostiene de modo taxativo en el número primero del párrafo tercero del artículo 145, según la redacción derivada del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero (RCL 2007, 148) , cuando establece que “Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1 La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos”. Conviene indicar, con todo, que el art. 145 RN, en su redacción de 2007, ha sido anulado por la STS (3ª, secc. 6ª) de 20 de mayo de 2008.

individuales. En concreto, la autorización indebida de un determinado negocio jurídico puede dar lugar a una intervención del notario en hechos delictivos contra el patrimonio privado o público. Sin embargo, la sanción penal de esta dimensión de la conducta no excluye que tenga lugar asimismo una sanción por la lesión de la dimensión pública de daño (institucional) que se deriva de ella. En suma, tanto la autorización como la denegación de esta, en la medida en que sean arbitrarias (en los términos en que dicho adjetivo es entendido por la doctrina y la jurisprudencia), deberían estimarse constitutivas de un delito regulado en un tipo específico.

6. Por lo demás, la posibilidad de que el notario dicte una resolución arbitraria al autorizar un documento en determinadas condiciones o, por el contrario, al denegar su intervención, no se ciñe, obviamente, a los casos en que el documento autorizado refleje un hecho constitutivo de delito. Otro tanto debería afirmarse para las autorizaciones de negocios que manifiesten un ilícito administrativo o civil. En el otro extremo, la denegación de la autorización en supuestos de negocios lícitos podría ser constitutiva asimismo de prevaricación. Respecto a todas estas cuestiones es importante subrayar que, dado que el delito de prevaricación administrativa es consustancialmente doloso (por tratarse en todo caso de manifestaciones graves de arbitrariedad), la existencia de un error del notario en cuanto a la procedencia de la autorización del documento o de su denegación habría de excluir necesariamente el delito²⁵.

7. El art. 1 LN atribuye al notario “la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”. La cuestión es el tratamiento que debe recibir el asesoramiento defectuoso que causa perjuicio a quienes han solicitado la intervención del notario en un determinado acto. Ciertamente, nada obsta a la apreciación en estos casos de un supuesto de responsabilidad civil. Sin embargo, es lo cierto que, en el caso de los abogados, la producción (por acción u omisión) de perjuicio manifiesto a sus clientes, incluso por imprudencia (grave), conlleva la imposición de una sanción

penal (art. 467.2 CP). Doctrina y jurisprudencia –con alguna discrepancia– sostienen que dicho perjuicio producido por asesoramiento defectuoso debe tener lugar en el ámbito procesal. Ahora bien, ello no debería obstar a que el tratamiento del consejo notarial defectuoso o perjudicial para uno de los otorgantes se asimilara a tal regulación. Pues no en vano, dicho consejo defectuoso puede dar lugar a situaciones incluso irreparables en el ámbito judicial.

8. Como anunciábamos al inicio de este apartado, la institución notarial debe ser protegida no solo frente a conductas lesivas de los propios notarios (*in-tranei*), sino asimismo frente a actos de naturaleza instrumentalizadora llevados a cabo por terceros (*extranei*). Estos actos (de engaño, violencia o intimidación) pueden afectar, por un lado, a extremos con respecto a los cuales el notario da fe pública: determinando que se dé fe de hechos no correspondientes con la realidad²⁶. Por otro lado, es posible que afecten a cuestiones (juicios sobre la capacidad de las partes, sobre los conocimientos de estas, sobre el contenido del negocio, etc.) a los que no alcanza la dación de fe pública, sino que tienen que ver con otras funciones notariales, muy en particular las de imparcialidad y control de legalidad. En el momento actual, dichas conductas no se hallan previstas en el Código penal y son de muy difícil subsunción típica, salvo como conductas de participación en delitos de otros terceros y, eventualmente, como coacciones o amenazas (art. 169 y ss., 172 CP). Pero resulta patente, por lo demás, que en ninguna de estas opciones se contempla la dimensión de lesión institucional que conllevan tales conductas.

IV. LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN DELITOS PATRIMONIALES Y ECONÓMICOS: MATIZACIONES A LA STS (3ª, SECC. 6ª) DE 20 DE MAYO DE 2008

1. Introducción

1. Si se le privara de la función de control de legalidad de los negocios jurídicos que se reflejan en los documentos que autoriza, el notario seguiría siendo ciertamente un funcionario público: concretamente,

25 Naturalmente, puede y debe discutirse si, además de la forma dolosa de comisión, que se caracteriza por el dictado de la resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia (modelo de la prevaricación administrativa), debería regularse también como delito la actuación resolutoria injusta por negligencia o ignorancia inexcusable del notario (modelo de la prevaricación judicial). La diversa exigencia –no fácilmente explicable– del Código penal vigente con respecto a jueces y funcionarios de la administración permite abrir un debate al respecto en el caso de los notarios, que sin embargo debe quedar aquí al margen.

26 Cfr. de modo extenso sobre este conjunto de problemas, *Silva Sánchez*, La protección penal, pp. 272 y ss., 276 y ss.

un fedatario. Pero, con ello, su perfil institucional actual se desfiguraría hasta tal punto que cabría hablar con propiedad de una deconstrucción de la institución notarial. Ello no obsta, desde luego, a que pueda y deba discutirse cuáles son (y cuáles deben ser) los efectos del documento público, lo que a su vez determinará el alcance del control de legalidad atribuido al notario –y viceversa–.

2. Un punto de vista extremadamente crítico sobre el alcance del control de legalidad notarial y sobre los efectos del documento público es el del catedrático de Derecho civil *Carrasco Perera*²⁷. Este ha afirmado con rotundidad que “(...)la práctica notarial corriente en España no permite fundar una presunción de validez del título material. No se trata de un juicio de valor, ni de una crítica; más aún, afirmo que probablemente las cosas no puedan ni deban ocurrir de otra manera, y que los sacrificios que por ello paga la fe pública están suficientemente contrarrestados por otras ventajas de las que el tráfico jurídico no puede prescindir. Digo lo que todo el mundo sabe: que los notarios no controlan la validez, la propiedad jurídica, la legitimidad de los títulos materiales que autorizan. Y aquí no vale rasgarse las vestiduras ni negar lo evidente. Todos sabemos cómo se otorga una escritura de hipoteca concedida por un banco, cómo se otorga una escritura de división horizontal, cómo se omite toda depuración de cláusulas societarias contenidas en escrituras de constitución de sociedades, qué intervención sustantiva tiene el notario en una escritura de leasing inmobiliario, en un crédito sindicado, en un renting, en una póliza de crédito con fianza prestada por un consumidor, etc. Todos los días se firman a millares en las notarías españolas ventas u opciones de compras fiduciarias incurtidas en la prohibición de pacto comisorio, contratos de crédito al consumo con intereses abusivos, divisiones de gananciales donde la mujer se lleva los inmuebles y el marido unas miserables participaciones sociales que se dicen valer lo mismo que las fincas, sociedades fantasmas con las que se persigue apartar los bienes propios del embargo de los acreedores, espurios reconocimientos de filiación. Esto no significa una crítica al notariado. En la mayoría de las ocasiones los fedatarios nada pueden hacer para evitarlo. Y es por eso –aunque desgraciadamente no casi siempre solo por eso– por lo que el documento público

no puede presumirse válido, y no porque el notario sea descuidado en el cumplimiento de su oficio. Si el título notarial tuviera que reunir las condiciones para ser presumido válido, el tráfico jurídico se detendría y el caos se apoderaría de las transacciones jurídicas.

La realidad del otorgamiento de documentos notariales en España no es tal como para sobre ella fundar una presunción de validez del título material. Una ley que lo hiciera sería desproporcionada y acabaría inaplicándose. Y no es juego limpio derivar esta presunción de lo que debería haber sido o debería ocurrir en el mejor de los mundos posibles. Que no es el mundo de los notarios españoles de hoy”.

3. Ahora bien, por mucho que pueda debatirse desde una perspectiva civilista acerca del sometimiento de los negocios jurídicos al control de legalidad del notario (con la consiguiente decisión de autorizar el documento o denegar su intervención), lo cierto es que en este punto existe un núcleo indiscutible. Dicho núcleo tiene que ver con el deber del notario de abstenerse de cometer delitos. Expresado con brevedad, una dimensión de control de legalidad de los negocios jurídicos cuya documentación se le solicita es consustancial a la labor del notario –en tanto en cuanto subsista la institución notarial– pues, en la medida en que no lleve a cabo dicho control, puede incurrir en responsabilidad incluso penal.

4. Con respecto a la existencia de este deber del notario de controlar la legalidad de los negocios jurídicos para –así– abstenerse de cometer delitos en el ejercicio de sus funciones, nada puede objetarse, por lo demás, desde la perspectiva formal. Se trata, en efecto, de un deber establecido por una Ley Orgánica y de forma taxativa: contenido en los tipos penales y en la regulación de las formas de intervención en estos que se contiene en el Código y en otras leyes penales.

2. El control de legalidad y la denegación de autorización en casos de hechos delictivos

1. Está fuera de toda duda –al menos, para un penalista– que el notario debe controlar que los negocios jurídicos cuya documentación autoriza no sean constitutivos de delito; en otras palabras, debe denegar su intervención en tales actos. Pues la documentación de negocios que se enmarcan en planes delictivos constituye un acto de favorecimiento de los fines

27 *Carrasco Perera*, El título notarial se presume válido: ¿tiene esta afirmación algún sentido?, *Aranzadi Civil* 3/ 2007, pp. 1891-1905.

perseguidos: un favorecimiento que, dados todos los demás elementos, podrá ser calificado de participación punible. Para el cumplimiento del deber primario de denegación de su ministerio en los supuestos de referencia, el notario debe cumplir otros deberes secundarios: a saber, los deberes de obtención de información y de adecuada valoración de esta. El exacto contenido e intensidad de estos deberes debería venir dado por estándares mínimos –hoy inexistentes– de actuación comunes a toda la institución. Sin embargo, el establecimiento de estos no obstaría a la relevancia de los conocimientos especiales (que, como se indicara en su momento, es reflejo de la dimensión “profesional” de la actividad notarial).

2. El notario que no deniega su intervención ante la pretendida documentación de un hecho que, con dolo directo o eventual, puede reputar constitutivo de delito, se convierte en partícipe de este. Lo mismo vale para los casos en que, al menos con dolo eventual, incumple los deberes secundarios de información y examen²⁸.

3. El control de legalidad y la denegación de autorización en casos de hechos no delictivos, pero ilícitos

1. La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales, no solo constituye una infracción disciplinaria muy grave siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración (art. 43.Dos.A.c de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y 348 c) RN). Dados todos los demás requisitos, debería hablarse aquí de la concurrencia de los elementos de un delito de prevaricación notarial (que precisaría de una regulación específica, según se ha indicado en páginas precedentes).

4. El control de legalidad y la denegación indebida de autorización

1. El art. 2 LN dispone que “el notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negara sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar según las leyes”.

2. En todo caso, la denegación arbitraria de la intervención notarial, siendo esta legalmente obligada, daría lugar, asimismo, a la indicada figura *de lege ferenda* de prevaricación notarial²⁹. En el ámbito de la *lex lata*, solo con bastantes dificultades interpretativas podría intentarse su subsunción en el art. 412.3, último inciso, que se refiere al caso del funcionario público o autoridad que desatiende el requerimiento de un particular para prestar algún auxilio al que venga obligado por razón de su cargo, ordenado a evitar un “mal”.

5. El control de legalidad por parte el Notariado-institución

1. En ocasiones, el notario concreto, a la vista del negocio de que se trate, no puede concluir su ilicitud ni, por lo tanto, denegar su ministerio. Sin embargo, cabe que ese negocio, contemplado desde una perspectiva más amplia, esto es, relacionado con otros hechos documentados por otros notarios, sí manifieste el carácter ilícito –singularmente, delictivo– de su contenido.

2. En relación con estos casos surge la cuestión relativa al control de legalidad *a posteriori*, que correspondería a la institución notarial en su conjunto. Dicho control, sin embargo, se hace imposible si cada notario en particular omite la imperativa remisión de información al Índice General o lo hace de modo defectuoso. En tales casos, en efecto, se hace imposible cruzar datos y denunciar conductas solo perceptibles mediante la labor de integración de datos dispersos. A cada notario le incumbe, por lo tanto, cumplir con su deber de colaboración con la institución notarial, a fin de que esta, a su vez, pueda cumplir con su misión de contribuir a la prevención y sanción de delitos (que forma parte de su servicio a los intereses generales).

3. Ciertamente, no existe una tipificación delictiva de las conductas de omisión de remisión de información. Pero conviene subrayar el deterioro institucional que conllevan. Un deterioro institucional que quizá debería llevar a considerar la posibilidad de que tales conductas sean también incriminadas como delitos contra el Notariado³⁰.

28 Para más detalles, *Silva Sánchez*, La intervención, pp. 181 y ss.

29 El hecho de que tal denegación suela manifestarse de forma verbal, y solo excepcionalmente, a requerimiento del solicitante, se formule por escrito, no obsta a la mencionada calificación. Una resolución puede adoptar perfectamente la forma verbal. Cuestión distinta es la relativa a la prueba, naturalmente.

30 De forma relativamente paralela a la denegación de auxilio en los delitos contra la Administración pública.

V. PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES

1. En un plano de máximos, debería tenderse a la tipificación de unos “Delitos contra el Notariado”, paralelos a los “Delitos contra la Administración de Justicia” y a los “Delitos contra la Administración de Justicia”. Solo ello daría exacta cuenta de la posición jurídica del Notariado, cuyas actividades constituyen equivalentes funcionales de determinados actos judiciales, en lo que llega a denominarse administración de justicia preventiva o sistema de la seguridad jurídica preventiva.

2. Sin embargo, en la medida en que no se considerara posible llegar a ese punto, al menos -y ello con cierta urgencia- deberían introducirse en el Código penal dos artículos que paliaran el déficit de regulación existente en el ámbito de los delitos que hemos denominado “Delitos contra el Notariado”.

3. En este sentido, se propone la presentación de dos propuestas de reforma del vigente Código penal:

Primera: Adición de un párrafo segundo al artículo 392 del Código penal

Art. 392, párrafo segundo: “*El particular que mediante violencia, intimidación o engaño diere lugar a que una autoridad o funcionario público cometiere, en el ejercicio de sus funciones, la falsedad descrita en el número cuarto del apartado 1 del artículo 390 será castigado con la pena del apartado anterior, sin perjuicio de las que pudieren corresponderle en virtud de otros preceptos de este Código*”.

Motivación: Tipificar conductas cometidas por particulares (*extranei*) que afectan de modo grave a la fe

pública, uno de los elementos constitutivos de la institución pública notarial, y que no resultan previstas en el texto vigente.

Segunda: Adición de un artículo 467 bis al Código penal

Art. 467 bis: “*El notario que, infringiendo sus deberes de examen, imparcialidad, consejo y control de legalidad, perjudique de forma manifiesta los intereses cuya protección tiene encomendada, será castigado con la pena de inhabilitación especial de dos a seis años, sin perjuicio de las que pudieran corresponderle en virtud de otros preceptos de este Código*.”

Si el hecho fuera realizado por imprudencia grave, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses y suspensión del cargo por un tiempo de seis meses a dos años

El que mediante violencia, intimidación o engaño determine la producción de las referidas infracciones de deberes notariales será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las que pudieran corresponderle en virtud de otros preceptos de este Código”.

Motivación: Tipificar conductas de vulneración grave de deberes institucionales por parte de *intranei* que, por su repercusión lesiva sobre la institución notarial y, por ende, en el tráfico jurídico-económico, resultan merecedoras de pena. Asimismo, tipificar conductas cometidas por particulares (*extranei*) que den lugar a instrumentalizaciones de la función del notario en perjuicio de la propia institución pública notarial y, en consecuencia, de terceros.