

Capítulo Octavo: El secreto del notario

X. Secreto del instrumento público. Sus límites: obtención de traslados y exhibición del protocolo	333
XI. Visitas de inspección	341
XII. Trasmisión de tenencia del protocolo	345
XIII. Informes a las autoridades	346
XIV. Comentarios a una tesis de la Suprema Corte de Justicia	348
XV. Los actos inscribibles en registros públicos	355

Puede ser que el notario actúe solamente como jurista, esto es, como abogado que conoce las leyes y las aplica, escuchando confidencias, presutando consejo a los clientes e incluso realizando actos para los que no necesita calidad de notario, puesto que cualquier abogado que no lo sea puede también llevarlos a cabo. Mientras estas actuaciones del notario no cristalicen en la confección de un instrumento público que llegue al protocolo, rige para él la obligación del secreto con igual intensidad y con las mismas limitaciones que para todo abogado, las cuales estudiamos ya en los capítulos que preceden. Su responsabilidad en caso de una indebida revelación de los hechos conocidos por él, ya sea porque el cliente se los haya confiado en forma personal o bien porque se haya enterado de los mismos en su intervención como profesionista, aún sin confidencia expresa, es la misma que tendría cualquier abogado tanto en el aspecto civil como en el punitivo. Para cuando se presenten tales situaciones al notario, nada tenemos que agregar a lo ya expuesto.

Cosa muy distinta ocurre cuando se pasa a los actos instrumentados, esto es, cuando el protocolo recibe en sus páginas lo que debe hacerse constar en ellas por el notario para autenticar o para dar forma legal a todo lo que por disposición obligatoria de la ley o por petición voluntaria de los interesados ha de quedar escrito en un instrumento notarial.

No debe olvidarse, por otra parte, que aún cuando el notario no es funcionario público, según la opinión que hemos aceptado más arriba, ejerce una función pública que el Estado le encomienda. Y aquí entran en juego tanto la lealtad para con el cliente a quien sirve con carácter profesional, como la lealtad para con el Estado de quien ha recibido el encargo de la función. El secreto profesional no puede, entonces, tener aquí el mismo alcance y operar de la misma manera que en el primer caso, en que se trata de actividades que no llegan a culminar en un instrumento público o no se expresan en él. En el segundo supuesto que examinamos, el notario no puede guardar la misma reserva, pues todo lo instrumentado no solo es conocido por él sino también por funcionarios del Estado o por otras personas a quienes da acceso éste al protocolo, en alguna de las siguientes formas, que más adelante vamos a examinar: *a*) mediante la obtención de traslados del instrumento notarial; *b*) mediante la práctica de inspecciones al protocolo, que el notario esté obligado a permitir; *c*) mediante la trasmisión de tenencia del protocolo y, finalmente, *d*) mediante la obtención de informes relativos al instrumento, que el notario debe dar.

X. El secreto profesional, por tanto, ya no tiene el mismo carácter personal en el caso de los instrumentos públicos. Ya no existe la misma relación de conocimiento exclusivo de la intimidad del cliente por el notario,

sino que se trata de un secreto compartido con otras personas, por disposición de la ley, aún cuando éstas, por su parte, en el caso de los funcionarios, estén también obligadas a la reserva. Aquí la lealtad del notario para con su cliente exigirá hacerle saber esta posibilidad para que no quede engañado respecto a la guarda de su secreto. Sin embargo, la obligación de reserva no desaparece para el notario en estos casos. Continúa existiendo como una regla general. Y aún cuando las limitaciones que tiene por efecto de las leyes la han reducido para lo instrumentado, tales limitaciones tienen en todo caso carácter de normas de excepción y, por lo tanto, deben de interpretarse con sentido estricto (artículo 11 del Código Civil). Interesa por tanto examinar esas limitaciones impuestas por la ley al secreto del instrumento notarial, para precisar el alcance de ellas.

La primera, en el orden en que las hemos enumerado, es la que se refiere a obtención de traslados del instrumento notarial. A ella debe equipararse y ser considerada con efectos similares, la posibilidad de ver el protocolo para enterarse del contenido de un instrumento, aun sin obtener traslado del mismo. Nuestra Ley del Notariado dispone en su artículo 97 que “sin necesidad de autorización judicial se expedirán primero, segundo o ulterior testimonio, a cada parte o al autor del acto consignado en el instrumento de que se trate o bien, a sus sucesores o causahabientes”. Ya antes la propia Ley había definido al testimonio en el artículo 93 al decir que “Testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial y se transcribe o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero, a no ser que se les incluya en fotocopia, con su respectiva traducción y los que se hayan insertado en el instrumento”. Más adelante establece este precepto lo que se entiende por testimonio parcial y permite —a contrario sensu— su expedición, salvo que “la parte omitida pueda causar perjuicio a tercera persona”.

El transcrito artículo 97, al disponer la expedición de testimonios sin autorización judicial, se refiere solo a las partes, al autor del acto de que se trate y a sus sucesores o causahabientes. Con la expresión “autor del acto” parece referirse a los testamentos, siendo lamentable que la posibilidad de expedir testimonios a los sucesores del testador no la haya condicionado la Ley a la previa comprobación de su muerte, pues aún cuando ello deba sobreentenderse por razones obvias, hubiera sido mejor establecer tal exigencia de manera expresa, atenta la importancia que tiene. En cambio omite el referido precepto, en su enumeración, a los interesados (cuando no son partes) en la obtención de un testimonio, a diferencia de la ley anterior que sí los mencionaba en su artículo 73 disponiendo que “A cada parte o interesado podrá expedirle el notario

un primer testimonio, un segundo o de número ulterior, sin necesidad de autorización judicial”.

Pensamos sin embargo, que tal omisión no produce el efecto de excluir necesariamente a los interesados que no sean partes, causahabientes ni sucesores, del derecho a obtener traslados de un instrumento, ya que el artículo 43 de la nueva Ley se refiere expresamente a ellos al disponer que el notario “expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes”. De esta disposición parece inferirse que el legislador consideró como equivalentes las denominaciones de partes e interesados y que esta fue la razón que tuvo para suprimir la última en el artículo 97. Además, como el concepto de interés legítimo aparece en el artículo 31 antes transcrito, disponiendo que quienes lo tengan podrán enterarse de los actos sujetos a registro, aún sin haber intervenido ellos, resulta que dicho concepto sigue siendo de importancia primordial para el secreto del notario, por lo que se impone determinarlo con precisión al haberse abstenido la Ley de dar una definición del mismo.

El concepto de parte no nos parece difícil de precisar y creemos que en el sentido en que la Ley lo emplea, no comprende a todos cuantos intervienen en el instrumento y de algún modo comparecen en él, sino solamente a quienes son términos de la relación jurídica que se crea o se constata por el acto o hecho jurídico materia de dicho instrumento (partes contratantes, testador, mandante unilateral, requirente, interpellante, solicitante de una notificación o de una fe de hechos materiales y los correspondientes pasivos de éstos: interpellado, requerido, notificado, etcétera). La ley, por lo tanto, alude con el término de “partes”, a las que son tales en la relación sustantiva, no en el instrumento. Así, quedarán excluidos de ese concepto y, por lo mismo, carecerán de derecho a obtener traslado —sin necesidad de autorización judicial, como especifica el artículo 97— los testigos instrumentales del testamento, los testigos de identidad, los peritos e intérpretes, que aunque comparezcan en el instrumento y lo firmen, no derivan de la relación sustantiva en sí misma —acto o hecho jurídico instrumentado— ningún derecho que los beneficie u obligación que los grave. Podrán ellos obtener la copia o el testimonio en algunos casos, pero ya no como partes, sino como interesados. Y de eso nos vamos a ocupar en seguida.

Por el contrario, el concepto de interesado resulta más difícil de precisar y su importancia para determinarlo, como titular del derecho para obtener traslados del instrumento o para enterarse de su contenido, radica en que, no siendo un concepto definido por la ley, su determinación queda librada por completo a la apreciación del notario. Y como un yerro en la misma puede dar origen a revelación del secreto que consta en el

instrumento, si se expide traslado de éste o se le permite conocer a quien no fuera interesado, ello haría pasible de las sanciones correspondientes al notario.

Nuestro Código Penal de 1871 contemplaba expresamente este caso, haciéndolo formar delito autónomo, al disponer en su artículo 770:

“El notario o cualquiera otro funcionario público que, estando encargado de un documento que no deba tener publicidad, lo entregue maliciosamente a una persona que no tenga derecho de imponerse de él, o le dé copia, o le permita leerlo; será castigado con dos años de prisión y multa de segunda clase, si resultare perjuicio grave a un tercero, o el delincuente hubiere obrado por interés. En este último caso, si hubiere recibido algo como remuneración de su delito, se le obligará a devolverlo, y su importe se aumentará a la multa.

”Si el perjuicio no fuera grave, se impondrá arresto de ocho días a seis meses y multa de segunda clase; y en su caso se hará lo que previene el párrafo anterior.”

Este precepto quedó suprimido en el Código actual, seguramente porque se estimó que los hechos tipificados en el mismo como delictuosos ya quedaban genéricamente comprendidos en los artículos 210 y 211, relativos a la revelación de secretos —el último al secreto profesional en particular— los que ya fueron ampliamente estudiados en el capítulo segundo de esta obra. Sin embargo, acaso no estuvo del todo bien la supresión, ya que el transcrito artículo 770 tutelaba penalmente bienes jurídicos no solamente contra la revelación de secretos, sino contra otros daños que podían causarse con la expedición indebida de un traslado, como más adelante podrá apreciarse por los conceptos que sobre el tema que nos ocupa expone Giménez Arnau en obra suya diversa de la que antes hemos citados varias veces. Expresa este autor refiriéndose a la ley española:

De la lectura y examen de los artículos 17 y 18 de la ley se infiere que el legislador quiso limitar la posibilidad de expedición de copias, sin duda con el propósito de aumentar las garantías y defensas de los otorgantes. Sólo éstos y sólo una vez pueden obtener copia —en los casos normales— con carácter de primera. De este modo se previene que la copia pueda ser mal utilizada por persona que no sea uno de los otorgantes.

Pero este punto de vista, para ser acertado no podía aplicarse con todo rigor. En primer término, la ley exceptúa los actos unilaterales. En segundo lugar era necesario establecer una previsión para el supuesto que la primera copia se haya destruido o extraviado. Por eso permitió la ley expedir segundas copias —con efectos de primera— mediante el consentimiento de los interesados o mandamiento judicial.⁷²

⁷² *Instituciones de derecho notarial*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, t. II, tema XLII, núm. II, p. 255.

Lo relativo a expedición de segundas copias y la necesidad del mandamiento judicial para obtenerlas no son disposiciones aplicables en nuestro sistema legal —salvo el caso que prevee el artículo 443, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles, para la ejecutividad del documento— pero con lo demás del comentario estamos de acuerdo.

Por otra parte, el mismo autor, Giménez Arnau, al tratar el tema del “Interés Legítimo” para la obtención de copias dice:

El artículo 222 del Reglamento exige para la expedición de copias que se justifique ante el notario “y a juicio de éste” el derecho de los interesados a obtenerlas. Añade el mismo texto: “y siempre que la finalidad de la petición sea la prescrita en el artículo 498 de la ley de Enjuiciamiento civil (diligencias preliminares de los juicios declarativos).” Por su parte, el artículo 224 añade: “Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la ley tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuya favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten a juicio del notario tener interés legítimo en el documento.”

Por tanto resulta que el concepto “interés legítimo” queda remitido a la calificación notarial; pero ésta no puede ser arbitraria ni caprichosa, pues el propio Reglamento establece recurso contra la decisión negativa del notario.⁷³

El problema de la revelación de secretos se presenta entonces al notario en el caso de expedición de traslados a los interesados, no a las partes que necesariamente conocen el instrumento, sino a aquellos que, sin haberlo suscrito ni aun como testigos, peritos, intérpretes, etcétera, que también pueden llegar a ser interesados en la expedición, quieran ésta para el logro de alguna finalidad legítima que conforme a la ley tienen derecho a alcanzar. Y como la calificación de la utilidad del traslado como medio y de la legitimidad del fin recaen en estos casos sobre el notario, resalta aquí la importancia que tiene para éste la determinación del concepto de interés a que la ley se refiere, calificación que no debe confundirse con la estimación de la prueba de ese interés, que también debe ser hecha por el notario, valorándola según su prudente arbitrio.

Sin duda alguna es la doctrina de los procesalistas una de las que más ha profundizado en la determinación del concepto de interés, por la relación que éste guarda con la posibilidad de ejercicio de la acción. Nuestro Código de Procedimientos Civiles dispone a este respecto en su artículo primero:

“El ejercicio de las acciones civiles requiere:...

IV. El interés en el actor para deducirla.

⁷³ *Ibid.*, p. 257.

Falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aun suponiendo favorable la sentencia."

Esta vinculación estrecha entre el ejercicio de la acción civil y el interés para ejercitarla, se pone de manifiesto por Rafael de Pina en los siguientes párrafos:

Se considera como un principio tradicional que el interés es la medida de la acción. El ejercicio de la acción, sin la concurrencia de este requisito, constituye un caso de abuso del derecho. El que formula una demanda judicial, debe tener interés.

Nadie está autorizado legítimamente para plantear litigios cuya solución no le importa en modo alguno. Los prácticos franceses han concretado esta doctrina en las máximas siguientes: "Pas d'intéret, pas d'action. L'intéret est la mesure des actions".⁷⁴

Sin embargo, debe distinguirse, para los efectos procesales, como lo hace Ugo Rocco, el interés correspondiente al derecho sustantivo, generalmente de carácter privado, que este autor llama interés primario, del que corresponde al derecho de acción, derecho subjetivo público este último, cuya autonomía respecto del anterior se impone reconocer. A este segundo interés, que tiene como finalidad obtener la tutela del Estado en cada caso concreto, mediante el ejercicio de la función judicial, lo llama Rocco interés secundario. Y tal diferenciación la plantea en los siguientes términos:

Pero ¿qué es entonces el interés en obrar en una concepción de la acción como la nuestra, cual un derecho autónomo, independiente del derecho material? No es otra cosa, generalmente hablando, que el elemento substancial del derecho de acción, y precisamente, es aquél interés que, protegido jurídicamente por el derecho procesal objetivo, constituye el derecho de acción.

Tal interés es, justamente, el interés en que declare el Estado, la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés, y a la realización del mismo, cuya tutela es cierta legalmente.⁷⁵

Y para determinar la existencia o la falta de interés en cada caso, acude Rocco a dos criterios diferentes. Positivo uno: la utilidad en el ejercicio de la acción. Si tal ejercicio es inútil para la finalidad que persigue el titular, no podrá haber interés. Y negativo el otro: la producción de un daño o perjuicio para el titular si no obtiene la actuación jurisdiccional que solicita. En otros términos, se trata de la necesidad de esta última, como medida indispensable para evitarse aquel daño o perjuicio.

⁷⁴ *Principios de derecho procesal civil*, México, Ed. Jurídicas Hispano Americanas, 1940, parte v, cap. 1, núm. 3, p. 118.

⁷⁵ *Op. cit.*, parte 3ª, cap. iv, núm. 3, p. 245.

Oigamos la expresión, un poco confusa, que de esta doctrina hace su autor en los siguientes párrafos:

Como criterio general podemos decir que en tal operación se formula un juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional que diga con la utilidad que de tal providencia pueda derivar para quien la gestiona, con respecto a una determinada relación jurídica. En otros términos: existe el interés a la declaración de la tutela que corresponde a un interés determinado, cuando tal declaración o tal realización producen una utilidad actual para el titular de aquél. Refiérese, pues, el juicio de utilidad, caso por caso, a los efectos del acto jurisdiccional reclamado.

Semejante juicio, como lo hemos dicho, no siempre es fácil, por lo que a este criterio positivo cabe agregar un criterio negativo de más simple aplicación, con lo que podrá establecerse si, en un caso determinado, un determinado sujeto tenga o no interés en obrar, contemplando si la falta de la providencia jurisdiccional solicitada le acarrearía o no un daño o, en general un perjuicio. En caso afirmativo, no habrá duda de que existe el interés en obrar o contradecir; en caso contrario, claro será que tal interés no existe.⁷⁶

A la luz de estos conceptos podemos entonces sostener que el interés en la protección jurisdiccional concreta —interés secundario para Rocco— se funda en dos diferentes ideas: la utilidad y la necesidad de ejercitar la acción. Faltará por tanto el interés, lo mismo cuando se sabe de antemano que no se alcanzará el fin perseguido con ese ejercicio, como en el caso de que dicho fin pueda alcanzarse sin necesidad del ejercicio de la acción; esto es, con el empleo de otro medio lícito diverso de la actuación jurisdiccional del Estado. Este último requisito se vincula ya, como puede verse, con el principio de economía procesal.⁷⁷

Podemos hacer alguna aplicación de los anteriores criterios para determinar cuándo existe interés en la persona que solicita al notario el traslado de algún instrumento público o su exhibición. El requisito de utilidad es indispensable. El de necesidad no, porque no puede ser conocido ni controlado por el notario. No puede exigirse que el interesado no disponga de otros medios diversos del traslado que solicita, para al-

⁷⁶ *Ibid.*, p. 246.

⁷⁷ Observó muy bien esto último Eduardo Pallares, el inolvidable y querido maestro de nuestros años de estudio en la Facultad de Derecho, quien criticando el artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles en la parte que del mismo acabamos de citar, dice: "La principal objeción que puede hacerse contra el concepto de interés, tal como lo define el artículo 1º, consiste en que confunde la imposibilidad de ejecutar la sentencia con la noción de interés. Este no sólo tiene relación con dicha imposibilidad, sino que concierne a un principio más amplio, el de la economía de procedimiento". Y más adelante añade: "Otro error en que, en mi humilde opinión, incurrió el legislador mexicano, consiste en considerar en todo caso el interés como condición para el ejercicio de la acción y no como condición de la acción misma, o sea una condición para obtener sentencia favorable..." (*Tratado de las acciones civiles*, México, Ediciones Botas, 3ª ed., 1962, cap. xviii, pp. 102 y 104).

canzar la misma finalidad que con éste persigue, pues ello haría imposible casi siempre toda expedición. Además, no existe ningún principio de economía notarial como el que existe en materia procesal. En cuanto al requisito de la utilidad, sí debe ser apreciado por el notario según su arbitrio y sus conocimientos jurídicos, pero tomando en cuenta esa distinción apuntada por Rocco, a que nos acabamos de referir, entre interés primario e interés secundario. Este último es el que concierne al notario calificar; no el primero. Para que exista interés legítimo en la obtención de un traslado se requiere que éste venga a ser útil al solicitante en el ejercicio, judicial o extrajudicial, de algún derecho suyo; pero no necesariamente para que alcance éxito en ese ejercicio, obteniendo la prestación que corresponda al derecho ejercitado, pues esto último ni lo puede determinar el notario de antemano, ni debe prejujgar sobre tal efecto, que ya no es de su competencia.⁷⁸

De todo lo anterior debe concluirse que la expedición de traslados del instrumento notarial a personas diversas de las que lo conocen por haberlo suscrito, constituye una limitación —la primera de las que hemos enumerado— al secreto del protocolo o secreto del instrumento. A dicha expedición puede equipararse la simple exhibición de éste, que tiene que regirse también por el principio del interés legítimo. Nuestras leyes se refieren a esa exhibición en los supuestos en que el notario debe hacerla por orden de autoridad.

Así, el artículo 45 de la Ley del Notariado, después de prohibir que el protocolo salga de la notaría y señalar los casos de excepción en que puede sacarse, añade en su párrafo último:

Si alguna autoridad con facultades legales ordena inspección de uno o más libros del protocolo, el acto se efectuará en la misma oficina del notario y en presencia de éste.

Tal disposición está en consonancia con las de los artículos 197 y 333 del Código de Procedimientos Civiles, que disponen:

Art. 197. Cuando se pida la exhibición de un protocolo o de cualquier otro documento archivado, la diligencia se practicará en el oficio del notario o en la oficina respectiva, sin que en ningún caso salgan de ellos los documentos originales.

⁷⁸ No podrá objetarse a lo anterior que el "interés procesal" es muy diferente del "interés notarial" y que confundir ambos es tanto como caer en una concepción procesalista del derecho notarial, a la que somos totalmente ajenos. El interés jurídico —secundario en este caso— no es más que uno. Los que difieren son los medios para satisfacerlo. El jurisdiccional es uno y el notarial otro. Resultan inconfundibles entre sí. Pero los principios relativos al interés son aplicables a ambos medios, con la debida adaptación, por ser esos principios los mismos.

Art. 333. Los instrumentos públicos que hayan venido al pleito sin citación contraria, se tendrán por legítimos y eficaces, salvo que se impugnare expresamente su autenticidad o exactitud por la parte a quien perjudiquen. En este caso, se decretará el cotejo con los protocolos y archivos, que se practicará por el secretario, constituyéndose, al efecto, en el archivo o local donde se halle la matriz a presencia de las partes, si concurrieren, a cuyo fin se señalará previamente el día y la hora, salvo que el juez lo decretare en presencia de los litigantes o se hiciere en el acto de la audiencia de pruebas. También podrá hacerlo el juez por sí mismo cuando lo estime conveniente.

La finalidad que se nota en estos preceptos es la protección del secreto y seguridad del protocolo, impidiendo que salga de la oficina del notario y exigiendo la presencia de éste entre las formalidades que deben observarse para garantía, en el acto de la exhibición. Pero lo que aquí nos interesa es el principio que rige esa exhibición, que como antes hemos dicho es el mismo que rige la expedición de traslados, aun en el caso de que una u otra se logren por orden judicial y no por petición hecha directamente al notario. Ese principio que, como acabamos de decirlo, es la existencia de un interés legítimo en el solicitante, no desaparece por el hecho de que sea una autoridad quien ordene al notario la expedición o exhibición. Sigue rigiendo plenamente, sólo que la apreciación del interés queda transferida en este último caso a la autoridad que da la orden. Ella será quien tenga que ver probada la existencia del mismo y calificar su legitimidad, ya que, de no darse éstas, será responsable esa autoridad de haber compelido al notario a cometer una revelación indebida. La responsabilidad de éste podrá quedar excluida en tal caso por la obediencia al mandato, pero subsistirá para la autoridad que lo dictó, atento lo que dispone al artículo 13, fracción II del Código Penal, expresando:

“Son responsables de los delitos: . . .

II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos; . . .”.

Comentando esta disposición, expresan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas:

Los que compelen —de compeler: obligar a uno, por fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere—, a otro a cometer el delito, *verbi gratia*, por mandato, orden, coacción moral, etcétera, son también autores intelectuales. El compelido puede no ser responsable si obra en estado de necesidad, a virtud de obediencia jerárquico-legítima, etcétera. Pero el que comete siempre lo es.⁷⁹

XI. No debe ser confundida, a pesar de la semejanza que guardan, la exhibición del protocolo por mandato de autoridad con la revisión del

⁷⁹ Código penal anotado, México, Editorial Porrúa, S. A., 1972, comentario al artículo 13, nota núm. 42, p. 53.

mismo por inspector, encargado de visitar la notaría también por orden de autoridad competente. Este último supuesto constituye la segunda de las limitaciones, señaladas antes, al secreto en la función notarial.

Actualmente ha tomado gran importancia esta limitación, por el aumento en la posibilidad legal de practicar visitas a las notarías, sobre todo para fines tributarios. El Código Fiscal de la Federación la establece en el artículo 83 al disponer que:

Las autoridades fiscales, a fin de determinar la existencia del crédito fiscal, dar las bases de su liquidación o fijarlo en cantidad líquida, cerciorarse del cumplimiento a las disposiciones fiscales y comprobar la comisión de infracciones a dichas disposiciones, estarán facultados para: I. Practicar visitas en el domicilio o dependencia de los sujetos pasivos, de los responsables solidarios o de los terceros, para revisar sus libros, documentos y correspondencia que que tengan relación con las obligaciones fiscales, . . .

Y aun cuando el precepto no menciona expresamente a los notarios, deben considerarse incluidos éstos entre los responsables solidarios, ya que también llegan a serlo por algunas prestaciones fiscales. En apoyo de esta opinión viene el artículo 39 del mismo Código al disponer: "Son infracciones cuya responsabilidad corresponde a los jueces, encargados de los registros públicos, notarios, corredores, y en general a los funcionarios que llevan la fe pública: . . . XIV. Resistirse por cualquier medio a las visitas de inspección. No suministrar los datos o informes que legalmente puedan exigir los inspectores. No mostrarles los libros, documentos, registros, y en general los elementos necesarios para la práctica de la visita." Finalmente, el artículo 84 del citado Ordenamiento señala los requisitos a que habrán de sujetarse las visitas de inspección y las formalidades que deberán observarse en ellas. Por su parte, la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal hace otro tanto en su artículo 10, en el que menciona expresamente a los notarios y a sus oficinas, llegando la misma Ley de Hacienda a tipificar como delito, en su artículo 980, el oponerse o resistir sin causa justificada "a las inspecciones o investigaciones fiscales que deben practicarse en los términos de esta Ley", sancionándolo con pena de prisión que podrá durar desde tres días hasta cinco años.

A diferencia de lo que ocurre con el caso anterior, o sea en la exhibición del protocolo por orden judicial, en que el notario queda eximido de responsabilidad, transfiriéndose ésta a la autoridad que libró el orden, en caso de producirse una revelación indebida por causa de esa exhibición, creemos que, tratándose de las inspecciones que ahora nos ocupan, existe para el notario el deber de oponerse a las mismas cuando adolecen de ilegalidad manifiesta. La misma disposición penal que acabamos de citar,

señala como uno de los elementos del tipo delictuoso el hecho de que la oposición o resistencia a la visita se hagan "sin causa justificada". Existiendo ésta no podrá, en consecuencia, integrarse el ilícito. Y es causa justificada el hecho de que la inspección no se ajuste a las disposiciones legales que la rigen. Si no proviene de autoridad competente para ordenarla, si el visitador no comprueba suficientemente su calidad o no observa durante la inspección las formalidades que para garantía del protocolo establece la ley o, más aun, si pretende extender la investigación más allá de lo necesario para el objeto de ella, el notario debe —y no solamente puede de acuerdo con la ley— oponerse a la misma e impedir que se realice, agotando todos los recursos y medios de defensa legal de que disponga. Al ser el notario un profesional del derecho por una parte, y al tener a su cargo la custodia del protocolo por otra, surge para él inevitablemente la obligación de mantener el secreto de los instrumentos, sin permitir su investigación más de lo estrictamente indispensable ordenado por la ley. La función del notario no puede ser en tales casos puramente pasiva; debe actuar jurídicamente para proteger al secreto, sin que quede libre de responsabilidad cuando éste es conocido por quien carecía de derecho para investigarlo, aun siendo autoridad, si hubo inactividad del notario para impedirlo.

Esta obligación es mayor aun si la inspección amenazare extenderse más allá del protocolo y otros documentos relativos al ejercicio de la función pública, pues en tal caso afectaría a lo que pertenece a la actuación del notario como profesional del derecho puramente y en la que, como ya hemos expresado, la obligación de guardar el secreto es más estricta. Sostiene Perraud-Charmantier que "La doctrina es favorable al secreto de todos los libros y registros del notario". Y entre ellos menciona algunos que corresponden a su actuación de profesional, tales como registros, repertorios, títulos, proyectos de actos, notas, cualesquiera documentos, borradores y libros de caja.⁸⁰ Por consiguiente, hasta estos documentos debe llegar la protección legal al secreto del notario, según el autor que acabamos de citar.

La resistencia u oposición a una visita ordenada por autoridad puede llegar a constituir el delito previsto por el artículo 180 del Código Penal, que expresa:

Se aplicará de uno a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: al que, empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones o resista al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 139.

Pero en apoyo de la tesis que acabamos de expresar, sosteniendo que existe obligación para el notario de proteger el secreto del protocolo oponiéndose o resistiendo a una inspección notoriamente ilegal del mismo, vienen las opiniones de algunos autores que señalan los casos en que resulta legítima esa resistencia, con relación al precepto que acabamos de citar. En su comentario al mismo dicen Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas:

El mandato ha de ser legítimo o sea verdadero, genuino, justo, propio de las funciones que corresponden a la autoridad o a sus agentes, y ha de tratarse de ejecutarlo empleándose los medios y con los requisitos que legalmente proceden; pues no siendo así, la resistencia no será constitutiva del delito por carecer de antijuridicidad.⁸¹

Por su parte Sebastián Soler sostiene a este mismo respecto:

Siendo condición para la existencia del delito que la resistencia sea opuesta al funcionario en el ejercicio legítimo de la función, es obvio que no existirá delito tanto cuando el acto no importa ejercicio de la función como cuando, a pesar de tratarse de una acción funcionalmente posible, ella sea sustancialmente ilegítima.⁸²

Nuestra Ley del Notariado establece también la posibilidad de practicar visitas de inspección "para vigilar que las notarías funcionen con regularidad y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley" (artículo 113). Dichas visitas podrán ser de carácter general y se practicarán cuando menos una vez al año (artículos 114 y 115) o bien de carácter especial, en cuyo caso deberán concretarse a investigar los hechos consignados en la orden respectiva, librada con motivo de alguna queja (artículo 117). Tanto unas como otras se practicarán en las oficinas de la notaría, en días y horas hábiles (artículo 116). Pero con evidente propósito de defender el secreto del protocolo y evitar que las inspecciones se extiendan a más de lo necesario para su objeto, establece la misma Ley del Notariado en su artículo 120:

En las visitas de inspección, se observarán las siguientes reglas:

I. Si la visita fuere general, el inspector revisará todo el protocolo o diversas partes de él, según lo estime necesario, para cerciorarse de la observancia de los requisitos legales. En ningún caso el inspector examinará el contenido de las declaraciones y de los asuntos consignados en el protocolo;

⁸¹ *Op. cit.*, núm. 504, p. 343.

⁸² *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. v, cap. 137, núm. vi, p. 118.

II. Si la visita fuere especial para inspeccionar un tomo determinado, el inspector se limitará a examinar el cumplimiento de los requisitos de forma, en el tomo indicado. Si la visita tiene por objeto un instrumento determinado, se examinará la redacción, sus cláusulas y declaraciones, cuando el instrumento sea de los sujetos a registro. . .

XII. La tercera forma de limitación al secreto que corresponde guardar en la función notarial está constituida, según la enumeración que antes hicimos, por la trasmisión de tenencia del protocolo, esto es, por el hecho de que este último pase a poder de otra persona diversa del notario que redactó el instrumento y conoció, por tanto, la confidencia del cliente. Esta trasmisión se produce en varios casos que la Ley del Notariado prevé. El primero es el de suplencia, que tiene lugar cuando hay suspensión temporal impuesta al notario por incapacidad o por sujeción a proceso (artículos 36, 108 y 110) y también cuando el notario hace uso de su derecho a vacaciones o a licencia temporal (artículos 106 y 107). En tales supuestos, el protocolo pasa a poder de otro notario en funciones, con el que tenga celebrado convenio de suplencia el faltante (artículo 108). Se equipara a este caso el de la asociación formada por dos notarios para actuar en un mismo protocolo, que la ley permite celebrar (artículo 38) y en el que, aún cuando no hay propiamente trasmisión de la tenencia de éste, se estima que hay limitación al deber de secreto, toda vez que cada uno de los dos notarios asociados puede enterarse de los instrumentos del otro.

El segundo caso de trasmisión previsto en la ley se da cuando el protocolo pasa al sustituto de un notario que cesa definitivamente en el ejercicio de sus funciones por renuncia, muerte o destitución, ya sea que esta última se dicte como sanción o bien por causa de incapacidad definitiva del propio notario (artículos 112, 133 y 143). En tales situaciones el sustituto recibe, juntamente con la notaría, el protocolo del notario a quien sustituye (artículo 149).

Por último, la Ley establece que el protocolo debe ser entregado por el notario a la Dirección del Registro Público de la Propiedad a los cinco años de haber sido cerrado aquél, para su guarda definitiva en el Archivo de Notarías (artículos 57 y 147 fracción II).

Es indiscutible que en estos casos existe una limitación al secreto del protocolo, ya que éste pasa a poder de persona física distinta del notario que recibió la confidencia del cliente y redactó el instrumento en que ella se hizo constar. Esa trasmisión constituye una manera de dar acceso al secreto de los instrumentos a persona diversa de la que los redactó. En el caso de los notarios suplentes o sustitutos —lo mismo que para el asociado— existe indudablemente el deber de reserva, con el carácter de secreto profesional, tal como existía para el notario

primitivo que fue suplido o sustituido, pues puede decirse que al tener en su poder el protocolo, conocen tales secretos por razón de su profesión, aún cuando no hubieren recibido en forma directa la confidencia del cliente. Ellos se enterarán en forma eventual del contenido de los instrumentos y aún de manera necesaria cuando tuvieren que poner autorización definitiva a alguno de éstos, por no haberla puesto su predecesor o cuando tuvieren que expedir traslados. En este último caso regirán para ellos los mismos principios que dejamos expuestos al tratar el tema de la expedición, sobre los conceptos de parte e interesado. Recuérdese lo que expusimos en el capítulo primero, sosteniendo que el secreto profesional no solamente comprende las confidencias hechas de manera expresa por el cliente al profesionista, sino también lo conocido o descubierto por éste en el ejercicio de la profesión, aún sin esa confidencia, lo cual está aceptado en la doctrina por casi todos los autores. También rigen los mismos principios para el Director del Archivo General de Notarías cuando entra en posesión del protocolo y respecto de él hay disposición terminante en el artículo 148 de la Ley que exige de manera expresa la prueba del interés jurídico para la obtención de un traslado por parte de quien solicita su expedición. Pero para el Director del Archivo ya no es profesional el secreto, puesto que el mismo no actúa como profesionista sino como funcionario público dependiente de la administración, en cuyo caso el secreto que le corresponde guardar es más bien de carácter funcional, esto es, existe para él como secreto de la función, lo que le da un carácter diferente aunque con efectos similares al del notario, en cuanto a su obligatoriedad y en cuanto a las responsabilidades civiles, administrativas y penales en que puede incurrir dicho funcionario si revelare un secreto. Ya vimos en el capítulo segundo, al examinar el artículo 211 del Código Penal, que también hace punibles este precepto las revelaciones cometidas por funcionarios o empleados públicos si son de secretos conocidos en el ejercicio de su función o empleo.

El secreto de los instrumentos queda de esta manera protegido, pero ya no tiene, como hacíamos notar al principio, el carácter estrictamente personal que hay en el secreto del profesionista cuando no entra al protocolo, modalidad esta última, propia de la función notarial, cuyas limitaciones en cuanto a la reserva estamos aquí señalando.

XIII. La última de esas limitaciones está constituida por el deber de dar informes a las autoridades, sobre los instrumentos asentados en el protocolo, cuando las leyes así lo provienen. A esta limitación se refiere expresamente el texto del artículo 31 de la Ley del Notariado, que ya antes transcribimos. Generalmente esos informes, que el notario está

obligado a dar, persiguen fines fiscales. La autoridad competente los recibe para controlar el pago de impuestos y con frecuencia se efectúa éste por el notario a las oficinas recaudadoras, en el mismo aviso o manifestación que da a ellas. Así ocurre en los casos previstos por los artículos 6º de la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, 450 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, 74 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 33 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. En todo caso deben distinguirse estos informes ordinarios que el notario debe dar siempre que se otorga ante él alguna escritura que los motive de acuerdo con la ley, de los informes extraordinarios que también debe dar a las autoridades, pero a petición expresa de éstas, como son los que manda dar el artículo 39 fracción VIII del Código Fiscal de la Federación. Estos últimos informes tienen generalmente como finalidad ampliar el contenido de los primeros, para ilustrar mejor a la autoridad fiscal, cuando ésta así lo requiere.

Sin embargo, no todos los informes que respecto de los instrumentos está obligado a dar el notario, son para efectos fiscales. Algunos persiguen fines demográficos (artículo 14-B-I) del Reglamento de la Ley General de Población), otros, fines asistenciales (artículos 110 a 113 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada) y algunos más se dan para fines de registro y control de determinados actos cuya existencia o inexistencia deben ser conocidas en un momento dado, como ocurre con los testamentos, respecto de los cuales debe informarse al Archivo General de Notarías del modo y forma prevenidos por el artículo 80 de la Ley del Notariado.

Ya puede comprenderse que esta obligación del notario, consistente en dar informes por escrito a las autoridades sobre los instrumentos públicos asentados en su protocolo, restringe cada vez más el secreto de éste, que es el típico de la función notarial. Sin embargo, dicho secreto se conserva aún, pues los avisos que el notario da deben ser estrictos, esto es, fundarse en todo caso en alguna ley que los imponga o por lo menos en algún reglamento; deben darse únicamente a las autoridades que conforme a ellos sean competentes para recibir esos avisos o en su caso para solicitar los informes; el contenido de éstos no debe exceder los datos que señalen la ley o el reglamento que los imponen, a menos que ellos mismos hubieren dotado de facultades discrecionales a la autoridad para señalar esos datos. Existen casos, sin embargo, en que la información que debe dar el notario es amplísima, llegando incluso a tener que acompañar al aviso un traslado del instrumento, tal como ocurre en el caso previsto por el artículo 110 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada cuando se trata de escrituras en las que inter venga alguna de esas instituciones.

Pero, en términos generales, no puede el notario excederse en los datos que proporcione a la autoridad mediante sus avisos, informando más de lo que la ley o el reglamento correspondientes previenen al respecto.

XIV. Sobre este tema expuso un criterio poco acertado nuestra Suprema Corte de Justicia en un caso resuelto el año de 1931, que por su interés relatamos aquí, ateniéndonos a los datos contenidos en la ejecutoria dictada en el amparo en revisión número 221/27 y en la petición formulada por el C. Agente del Ministerio Público que intervino en dicho juicio de garantías.

El licenciado Emilio López Guerrero, notario número veinticinco del Estado de Tamaulipas en aquel entonces, autorizó un testamento público otorgado ante él y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley Orgánica del Notariado vigente en su entidad, envió el aviso correspondiente al Archivo General de Notarías, informando, de acuerdo con el citado precepto, el nombre del testador y la fecha de autorización del testamento. Como el Ejecutivo de dicho Estado había expedido una circular, con el propósito, según se dice, de "evitar las irregularidades cometidas en el cumplimiento de esta obligación", y como de acuerdo con esa circular debía informarse también el nombre de los herederos instituidos, se ordenó por la autoridad al notario que informara también esto último. Inconforme con ello, hizo valer diversas razones para fundar su negativa, sosteniendo que la circular en cuestión

es una adición al artículo 68 sesenta y ocho de la Ley del Notariado, puesto que previene que, además, se dé a conocer la institución de herederos y es de explorado derecho que el Ejecutivo del Estado carece de facultades para adicionar leyes; que, por tanto, dicha circular es ilegal y por lo mismo no puede obligar a la revelación de la institución de herederos; . . .

Igualmente sostuvo el notario que

el testamento público abierto es secreto, en virtud de pertenecer en exclusiva propiedad al testador, y esa propiedad está garantizada por los artículos 14 catorce y 16 dieciséis de la Constitución; . . .

Añadió que

el artículo 3496 tres mil cuatrocientos noventa y seis del Código Civil previene que el Notario que hubiere autorizado un testamento abierto o la entrega de uno cerrado, debe instruir a los interesados con la brevedad posible, luego que

sepa la muerte del testador, por lo que si se ha fijado una época determinada para que el Notario revele la institución de herederos, por contrario sensu ha prohibido la revelación antes de esa época; . . .

Afirmó también el notario que

le está prohibido por la ley revelar los nombres de los herederos, ya que en estas condiciones podría exponerse hasta a ser muerto el testador por los herederos; por la ambición de éstos para obtener la herencia que les habría de tocar al desaparecer el autor de la misma; . . .

También dijo que

en un testamento su parte esencial es la institución de herederos y legatarios; que su revelación constituye la comisión del delito previsto y penado por el artículo 731 setecientos treinta y uno del Código Penal (se refiere al del Estado de Tamaulipas) por falta de consentimiento de quien debía darlo, . . . que el dueño del secreto se opone a su revelación, . . .

Y finalmente, como fundamento de todo lo anterior, llegó el notario a sostener la tesis antifuncionarista, que ya hemos examinado antes, expresando que

ninguno de los atributos esenciales del Estado consiste en la fe pública; de donde la que disfruta el Notario, no la tiene porque se la haya o no dado el Ejecutivo, sino que dispone de ella como un carácter esencial de la función que desempeña según la Ley; . . .

Las anteriores argumentaciones no fueron admitidas por el Ejecutivo local que, insistiendo en que el notario cumpliera la circular expedida, proporcionando los informes exigidos en ella, lo sancionó administrativamente, por lo cual acudió en demanda de amparo, haciendo valer en sus conceptos de violación las mismas razones que acabamos de exponer.

El Gobernador del Estado, en su carácter de autoridad responsable, rindió el informe con justificación aduciendo, junto con otros argumentos, el de

que según la Ley del Notariado vigente, el ejercicio del Notariado es una función del orden público que en el Estado de Tamaulipas únicamente puede conferirse por el Ejecutivo; que significando la palabra conferir, conceder, asignar a uno dignidad, empleo, facultades o derechos, es lógico afirmar que nadie puede conferir lo que no tiene, por lo que si el Estado puede conferir a determinadas personas el cargo de Notario, o sea el de funcionario que tiene la fe pública, es evidente que el Estado, en origen, es el que tiene aquella facultad; . . .

Y añadió después de sostener la anterior opinión funcionarista,

que no existe revelación del secreto, como no existiría en el caso de que el protocolo del quejoso pasara al Archivo General o a poder del Presidente del Consejo, los que podrían expedir testimonios; . . .

Por su parte, el Agente del Ministerio Público que intervino en el juicio de amparo, sostuvo que

No se trata, en este caso, de la revelación de secretos de que habla el artículo 731 del Código Penal, pues que el aviso que se debe dar al Archivo General de Notarías es más bien en obediencia a Leyes de orden público y de orden social, que en nada puede violar las garantías individuales del Notario que solicita el amparo, porque esas leyes no pueden prohijar la comisión de un delito.

Planteadas en esa forma la controversia, estimamos que no es correcto llevarla hasta el problema funcionarista, como aquí se hace, puesto que ninguna posición que se tome respecto al mismo puede afectar el alcance del secreto profesional del notario. Tanto funcionaristas como antifuncionaristas reconocen su valor y exigen igualmente su respeto. Que el Estado nombra al notario es cosa innegable en nuestro derecho. Pero decir que el Estado le da la fe pública es expresión que se presta a equívocas interpretaciones. Mejor sería decir que el Estado da el ejercicio de la función notarial, cuya consecuencia es la fe pública, sin que por ello se haga funcionario público el notario, como ya lo hicimos ver antes, siguiendo con nuestra opinión la de la Escuela Italiana.

Pero en todo caso, repetimos, esta cuestión es irrelevante para el secreto profesional. Si el Estado da al notario el ejercicio de una función pública, tendrá facultad para quitárselo cuando existan motivos legales para ello, pero sin que pueda exigirle, ni aun en tal caso, que le dé a conocer los secretos de que tuvo conocimiento en el ejercicio de esa función, pues dicho ejercicio se realiza en forma profesional en los países latinos, como antes hemos expuesto. Sostener lo contrario podría llevar al extremo de admitir que el Estado, cuando sanciona a cualquier otro profesionista (médico, abogado, etcétera), suspendiéndole o prohibiéndole el ejercicio de su profesión, queda facultado por ese solo hecho para exigir que le dé a conocer los secretos de que tuvo conocimiento mientras la ejercía.

La otra razón expuesta por el Gobernador de Tamaulipas, en el sentido de que no existe en el caso revelación de secreto, ya que el protocolo del notario quejoso pasa al Archivo General de Notarías, tampoco nos parece concluyente porque confunde dos causas de limitación al secreto profesional del notario, que aquí hemos distinguido con precisión: la

trasmisión de tenencia del protocolo y la obligación de dar avisos a las autoridades. Es evidente que el protocolo debe ser entregado en definitiva al Archivo; pero mientras ello no ocurra, es el notario a quien compete y obliga la guarda del secreto de los instrumentos. Y así como la autoridad no podría obligarlo a efectuar esa entrega antes del término señalado en la Ley, tampoco puede exigirle que dé en sus avisos mayor cantidad de informes que los que la ley le ordena.

En cuanto al argumento que aduce el Agente del Ministerio Público en el sentido de que el notario no comete delito en el caso examinado, al dar en el informe los nombres de los herederos, porque lo hace "en obediencia a leyes de orden público", también es completamente infundado, pues precisamente lo que aquí suscita el problema es que no se trata de leyes sino de una circular administrativa, que es acto de naturaleza diversa a la ley y solamente puede interpretarla, pero no modificarla. Perraud-Charmantier sostiene sobre este punto una acertada opinión, diciendo que

el notario no puede, bajo pena de daños y perjuicios y de penas disciplinarias, dar conocimiento de actos recibidos por él, a otros que a los interesados, a sus herederos o causahabientes. La regla no admite excepciones sino para la ejecución de las leyes y de los reglamentos relativos a los derechos de registro, a fin de asegurar su percepción. El notario debe pues rehusar toda comunicación basada sobre una simple circular ministerial.⁸³

Las resoluciones que dictaron los Tribunales de Amparo en el juicio que nos ocupa, se produjeron como sigue. El juez de Distrito negó la protección federal incurriendo en los mismos errores que acabamos de señalar, ya que fundó su sentencia sosteniendo que

el Estado es el que confiere a los Notarios su investidura y la fe pública; que no son funcionarios con entidad absoluta e independiente, sino simples depositarios de algo inherente al propio Estado, al que están obligados a rendir cuenta de su gestión, sin que para dejar de hacerlo puedan invocar infracciones a la Ley Penal, puesto que el cumplimiento de los deberes oficiales no puede engendrar tales infracciones; . . .

La Suprema Corte de Justicia, por su parte, al conocer en revisión el amparo, dictó la ejecutoria de cuyo texto hemos tomado las anteriores transcripciones, resolviendo en forma diversa los puntos de la controversia. Negó la protección federal en cuanto al apercibimiento hecho al notario, por considerarlo debidamente fundado y motivado. Mandó sobreseer en cuanto a los demás actos, estimando que la exigencia de revelar hecha al notario no implicaba violación de garantías individua-

⁸³ *Op. cit.*, primera parte, cap. iv, p. 136.

les de éste, que sólo actuaba en ejercicio de una función, ya que el juicio de amparo, según expresa la ejecutoria,

se da únicamente por violación de garantías individuales, y no de todo derecho, ni menos de derechos que se hacen provenir del ejercicio y función de una investidura oficial, como ocurre en el caso; y, por tanto, dichos actos, en cuanto afectan al quejoso, no en su condición de individuo, sino de ciudadano investido de una función pública, como lo es la de Notario, . . . no han podido violar garantía individual alguna del quejoso, . . .

De esta tesis parece inferirse que quien debió haber pedido el amparo era el testador, titular único de los derechos protegidos con el secreto y no el notario que carecía de todo interés en esa protección y a quien, por lo mismo, en nada afectaba que fuera revelada o no la institución de herederos. Tal opinión de la Suprema Corte de Justicia se relaciona indudablemente con uno de los puntos sostenidos por el Gobernador de Tamaulipas al rendir su informe con justificación y en el que afirma que el quejoso sostiene en parte de su demanda "derechos del testador, que, por tanto, no le corresponden en nombre propio; . . .". Conviene observar que dicha tesis es contraria a la opinión, que no nos ha parecido suficientemente convincente, sostenida por algunos autores en el sentido de que el secreto profesional no existe tan sólo para beneficio del cliente, sino también del profesionista. Entre esos autores está Fernández Serrano quien expresa al respecto:

De cuanto llevamos dicho, claramente se advierte que el secreto profesional del abogado presenta dos aspectos, el de deber y el de derecho: comporta un deber, en relación con el cliente, en cuanto afecta a su defensa, y un derecho, respecto de los jueces, en virtud del cual no puede obligarse al abogado a revelarlo.⁸⁴

Y en nota puesta al pie de la página en que se encuentra este párrafo, transcribe parcialmente su autor el artículo 14 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima, en que se expresa la misma idea.

Por su parte Eusebio Gómez, atendiendo más al interés social en la reserva del profesionista, sostiene ideas similares al decir:

El secreto, una vez confiado, no pertenece al que hace la confidencia; no pertenece, tampoco, al que la recibe, pertenece a la profesión que ejerce; pertenece a la sociedad, que reclama esa garantía de los hombres a quienes entrega el cuidado de sus más respetables intereses.⁸⁵

⁸⁴ "El secreto profesional" en *Revista Internacional del Notariado*, abril-junio de 1952, núm. 14, p. 123.

⁸⁵ *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, t. III, cap. LXXIII, p. 442.

Como ya dijimos, nos parecen discutibles las anteriores opiniones, pero tratándose de una profesión que, como la del notario, exige una especial delicadeza en su ejercicio, sobre todo por lo que al secreto se refiere, cabe preguntar si la Suprema Corte estuvo en lo justo al desconocer al quejoso todo interés en el mantenimiento del secreto y, como consecuencia de ello, al dictar el sobreseimiento del amparo. Aquí tocamos el espinoso problema de la ética profesional, cuya incidencia sobre el secreto estudiaremos en el capítulo siguiente. La reputación del profesionista puede verse afectada y su conciencia moral quedar bajo presión si se le obliga a revelar, aun cuando la revelación no fuere delictuosa. Y este problema es, en verdad, ajeno ya al derecho pero no del todo extraño al mismo, por lo que no puede ser pasado por alto, especialmente en el caso de la profesión notarial. Sin referirse a ésta de modo expreso, sino a toda profesión, creemos que quien lo ha visto y planteado con agudeza es Sebastián Soler, en los siguientes párrafos:

¿Cuándo existe violación punible de secreto?

¿Cuándo existe deber de denunciar o atestiguar?

Fuera de esas dos hipótesis, lo que no puede hacer y lo que debe hacer el profesional, queda, como siempre en el derecho, una amplia zona de acciones en las cuales el profesional es jurídicamente libre; pero esto no quiere en modo alguno significar que, dentro de esa zona, no pueda incurrir en justas censuras morales, lo cual nada tiene que ver con el derecho. En esta zona, como en otras muchas, *non omne quod licit, honestum*. El derecho penal no acuerda patentes de honorabilidad: se limita a establecer si un sujeto ha delinquido o no, y es muy posible que un hombre de alto sentido moral no se satisfaga con que a su respecto solamente se declare que no es un delincuente.⁸⁶

No parece por tanto muy segura la tesis de la Suprema Corte al negar al notario todo interés, en cuanto profesionista, en el mantenimiento del secreto del protocolo, a pretexto de que ejerce una función pública cuyo ejercicio le dio el Estado. Y tan es verdad esto, que al mismo Alto Tribunal se vio obligado a reforzar su argumentación para sobreseer el amparo, expresando los siguientes conceptos al final, con los que de hecho estudia ya el mismo en el fondo y que son los que más nos interesan para el objeto de este capítulo:

Por otra parte, no es exacto, como afirma dicho quejoso, que al exigirle el Ejecutivo de Tamaulipas al cumplimiento de la Circular número 9 nueve, se le esté exigiendo la revelación de un secreto profesional vedado y penado por la ley; pues las razones expuestas por dicho Ejecutivo en el oficio que dirigió al quejoso, y que éste transcribe en su demanda de amparo son concluyentes para estimar que no existe delito en el cumplimiento de la obligación que la Circular le impone, máxime que en el caso se trata de comunicar al Archi-

⁸⁶ *Op. cit.*, t. IV, p. 127.

vo General de Notarías datos concernientes a un testamento público abierto que, como su propia denominación jurídica expresa, no puede ser secreto.

Esta última apreciación de que el testamento público abierto “no puede ser secreto” porque así lo expresa su denominación, es lo más erróneo que se encuentra en la ejecutoria, ya que aniquila completamente la obligación de reserva que tiene el notario para este acto, confundiendo lamentablemente el significado de los términos. La ley llama testamento público al que se otorga ante notario y califica de abierto al que se redacta por éste en presencia del testador y los testigos (artículos 1511 y 1512 del Código Civil), por oposición al cerrado, del cual sólo hace constar su presentación y guarda (artículos 1521, 1525 y 1526 del mismo Código). Y el secreto profesional, que siempre ha sido considerado más estricto para los testamentos que para cualquier otra actuación notarial, es precisamente en el testamento público abierto en el que resulta exigible, ya que del contenido del cerrado no se entera el notario, por lo menos en su actuación como tal.

El hecho de que califique la ley de público a un testamento no significa en modo alguno que deba tener publicidad, esto es, que pueda ser conocido por todos. Aquí la ejecutoria parece incurrir en el mismo error que Martínez Segovia y que Carral, cuyas opiniones hemos expuesto y rebatido antes. Como para estos autores la función notarial, la fe notarial y el documento notarial no son públicos “porque sean del Estado, sino porque tienen publicidad, notoriedad”, la consecuencia que de tal principio se sigue debería ser la posibilidad de su conocimiento por todos. Verdad es que estos autores no niegan ni restringen el secreto profesional del notario; antes bien, lo reconocen expresamente en sus libros. Pero si se deben deducir —con buena lógica— las consecuencias del principio de publicidad que ellos sostienen, para no incurrir en contradicciones, no podrá evitarse llegar a tan lamentable conclusión, como llegó la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria que comentamos, sosteniendo que el testamento público abierto, por tener este nombre, “no puede ser secreto”. Aunque esta ejecutoria no se inspiró, sin duda, en las opiniones de los citados autores, desde el momento en que es muy anterior a sus obras, parece coincidir con ellas por el sentido que dan al calificativo de “público” cuando se aplica a los instrumentos notariales.

Quien verdaderamente pone las cosas en su lugar, dando al término indicado su significación correcta, es Tomás Diego Bernard, cuya opinión queda expuesta en el siguiente párrafo:

Se ha sostenido que la obligación legal de “facilitar a cualquier persona que lo solicite el examen de los instrumentos públicos que se otorguen ante los escri-

banos”, tal como lo dispone la ley chilena (artículo 15, inciso 3°), nace del carácter de públicas que tienen las escrituras. Algunos autores así, por lo menos, lo insinúan. Nada más inexacto. Los instrumentos públicos (la escritura es una especie en el género) son tales no por su publicidad o por la facilidad de acceso del público a ellos (por oposición a los privados que serían en virtud de esta interpretación algo así como “clandestinos”), sino por su sujeción a las formalidades legales y por la presencia e intervención del funcionario público que les confiere con su investidura autenticidad. En una palabra, son públicos por la presencia e intervención en los mismos del funcionario u oficial de tal carácter (el escribano en el caso de las escrituras) y la observancia de las formalidades de ley, independientemente de la mayor o menor publicidad. La publicidad, en todo caso, deriva de la inscripción en registros públicos de esos instrumentos, circunstancia sólo prevista en el Código Civil Argentino para las hipotecas; pero sabido es, por otra parte, que instrumentos privados pueden ser también inscriptos en registros públicos. Creer o sostener, pues, que las escrituras por su carácter de instrumentos públicos no deben estar sometidas a reserva o secreto, y que, por tanto, los Registros y protocolos pueden ser exhibidos a cualquiera, constituye un grave error de interpretación jurídica. Con la peregrina tesis aludida, tendríamos que el testamento por acto público (así denomina el código a la escritura respectiva—artículos 3622 y 3654—), sería el más público (o accesible al conocimiento general) de los otorgamientos, cosa que sabemos es exactamente lo contrario, pues las leyes —aún la chilena, según vimos— imponen sobre él particular sigilo, y su registración, en los países que la han establecido (el nuestro no), se efectúa cuidando expresamente la conservación del secreto o reserva que le es inherente.⁸⁷

Como antes hemos expresado, por nuestra parte estimamos que el notario no es un funcionario público. Pero sí es pública, concerniente al Estado, la función que él ejerce, la función notarial. En ese aspecto diferimos de la opinión funcionarista del autor argentino, que aquí se acaba de exponer. Sin embargo, la interpretación que él da al carácter público de los instrumentos notariales y en particular del testamento, coincide con la nuestra, pues estimamos que tal carácter les viene, no del notario, que es sólo profesional encargado de una función pública, sino de esta última, en cuyo ejercicio se crea el instrumento notarial. Por tal motivo resulta ser éste un instrumento público. No por los pretendidos efectos de publicidad o notoriedad que le atribuye la opinión contraria que aquí atacamos.

XV. Nos vamos a referir, por último, a los actos que son objeto de registro. Ya vimos que tratan de ellos los artículos 31 y 120, fracción II, de la Ley del Notariado. El primero de estos preceptos los declara exentos del secreto, pero los términos en que lo hace nos parecen un tanto criticables. Menciona a “los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que

⁸⁷ *El secreto profesional en el notariado*, Buenos Aires, Ed. de Abeledo-Perrot, 1958, p. 56.

no hubiesen intervenido en ellos y siempre que a juicio del notario tengan algún interés legítimo en el asunto y que no se haya efectuado la inscripción respectiva”.

Creemos que debe distinguirse en el caso. Si el acto es solamente inscribible pero no ha sido inscrito aún, queda bajo el dominio del secreto y para el notario subsiste la obligación de reserva del instrumento de que se trata. Por el contrario, si el acto ya fue inscrito en el Registro Público, desaparece tal obligación. Y decimos esto último, porque la inscripción registral no constituye una causa de limitación al secreto como las que antes hemos estudiado y clasificado, sino que implica la cesación del mismo. A la inversa, precisamente, de lo que ocurre con los actos no sujetos a registro, para los que la ley quiere evitar su publicidad; con los actos registrados lo que quiere es evitar su clandestinidad. Por tal razón, el acto deja de ser secreto cuando ya queda registrado, pero no antes. La sola capacidad de inscripción no lo hace accesible a todos. El notario no puede, pues no es función suya, anticipar la publicidad.

Pero el artículo 31 de la Ley del Notariado, defectuosamente involucra dos cosas muy distintas como son la sujeción del acto a registro con el interés jurídico de quien pretende enterarse de él. Este último constituye una limitación al secreto, que ya estudiamos ampliamente y nada tiene que ver con la registrabilidad. Por ello es que su mención, junto con la de esta última, resultó innecesaria en el precepto. Efectivamente, si el acto es solamente inscribible pero no ha sido inscrito aún, ya dijimos que continúa siendo secreto. De manera que si el notario lo da a conocer a quien le demuestra tener interés legítimo, obra correctamente porque lo hace fundado en este último, no en la registrabilidad, pues ella no lo faculta a revelar. Lo da a conocer lícitamente a quien tiene interés legítimo, por la misma razón que hay para expedir traslados del instrumento a ese interesado, de acuerdo con los artículos 43 y 97 de la Ley, que también ya estudiamos antes. Ahora bien, si el acto ya fue registrado, entonces, por el contrario, como ya dejó de ser secreto, resulta innecesario el requisito del interés jurídico, pues aún sin éste, es lícito enterarse de él, atento el fin que se persigue con la publicidad registral.

Sin embargo, no puede inferirse de esto la posibilidad irrestricta para el notario de exhibir el instrumento a cualquier persona que se lo pida, por el solo hecho de haber sido inscrito. El secreto solamente cesa respecto del acto registrado y el instrumento puede contener varios, algunos de los cuales no sean susceptibles de inscripción o, por lo menos, no se hayan inscrito aún. Tales actos continúan siendo secretos. A ello debe añadirse también que la terminación del secreto, por efecto

de tal inscripción, se limita sólo a los elementos que quedan mencionados en ésta. No se extiende a todos los que el instrumento contiene, pues entre ellos puede haber algunos que no sean mencionables en el folio registral, de acuerdo con la ley. De allí que el notario solamente pueda en estos casos informar acerca de esos elementos del acto que aparezcan en su inscripción, pero no de los que están ausentes de ella, ni menos aún exhibir el instrumento a toda persona.

Respecto de la cesación del secreto notarial por causa del registro, se ha presentado algún escrúpulo entre los autores. Giménez Arnau es uno de los que lo expresa, diciendo lo siguiente:

Con razón dice Herrán de las Pozas (Derecho notarial, p. 415) que deben distinguirse los “hechos secretos por naturaleza” o conocidos por el ejercicio de la profesión, que se refieren al contenido de los instrumentos públicos y los “hechos de confidencia”, conexos con dichos actos de los que pueden ser causa, preparación o explicación.

También a estos últimos, aunque no consten en el protocolo, afecta el deber de sigilo profesional. En cambio, en opinión del mismo compañero no son secretos los instrumentos que tienen que ser divulgados, porque han de ser inscritos —para la plenitud de sus efectos— en algún registro público. No se puede admitir esta afirmación sin muchas reservas: salvo el caso de autorización expresa, y aunque el acto autorizado haya de recibir una publicidad oficial, no es el Notario el órgano de esa publicación. Sólo en casos excepcionales, cuando se pretende vender dos veces la misma cosa, o hacer figurar como libre de cargas una finca de la que el propio Notario haya autorizado escritura de constitución de un gravamen sobre ella, cabrá esta “violación de secreto”, que moral y profesionalmente quedaría disculpada por la necesidad moral de evitar un mal mayor o un daño o engaño a tercera persona.

No hay, pues, por esa vía limitación —en casos normales— al secreto del protocolo. La única que realmente existe es la que nace del derecho de los interesados a pedir copias y a exigir la exhibición del protocolo.⁸⁸

Lo anterior nos parece correcto sólo para los actos registrables, como ya expresamos y lo dice el autor citado, pero no para los registrados. Respecto de estos últimos puede admitirse esa exigencia de reserva hecha al notario, por razones de dignidad en la profesión que le impidan ser un órgano al servicio de la oficina registral, desempeñando funciones similares a las de los libros índices que se llevan en ésta. Pero la conducta del notario que informare sobre elementos del acto que ya constan en la inscripción de éste, aún cuando no le haya comprobado el solicitante su interés legítimo, no puede en rigor tacharse de antijurídica. La delicadeza notarial podría reprocharle, bien está, haber dado esa información, pero ninguna sanción legal puede aplicársele.

Se impone añadir a propósito de lo anterior, que además de la san-

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 286.

ción penal que corresponde al notario por la revelación de secretos, a la que antes nos hemos referido, también es pasible de sanción administrativa disciplinaria establecida en la nueva Ley del Notariado, cuyo artículo 126 dispone:

Al notario responsable del incumplimiento de sus obligaciones derivadas de esta Ley, sin perjuicio de las sanciones penales que le sean aplicables, será acreedor a las sanciones siguientes: ... III. Suspensión del cargo hasta por un año: ... b) Por revelación injustificada y dolosa de datos; ...

Finalmente, creemos que la cesación del secreto por razón de la inscripción del acto debe también limitarse al caso de registros que sean públicos, esto es, accesibles a cualquier persona (como el de la Propiedad y de Comercio, el Agrario, el Cinematográfico, el de Derechos de Autor, etcétera), por disposiciones expresas de la Ley. No se produce por inscripción en registros que no fueran públicos (como el de inversiones extranjeras, por ejemplo). En cambio, debe extenderse esa cesación del secreto a actos que sean objeto de publicidad en forma diversa de la registral. Tal es el caso de la publicación periodística exigida por el artículo 976 del Código de Procedimientos Civiles para las aceptaciones de herencia o legado hechas ante notario. Pero siempre habrá de regir el mismo principio señalado antes, conforme al cual el secreto terminará solamente para los elementos del acto que mencione la publicación ya hecha; en ningún caso para otros.