

Capítulo Octavo: El secreto del notario	294
I. Carácter doble del notario como profesional del derecho y encargado de una función pública	294
II. Significado y alcance de la expresión “profesional del derecho”. La Ley reglamentaria del ejercicio profesional y su discusión	294
III. Corriente doctrinaria que reduce la actividad del notario a la creación de la forma, segregando su labor como jurista	300
IV. El notario como funcionario público. Opiniones funcionaristas	304
V. Opiniones antifuncionaristas	306
VI. Opinión nuestra. La corriente doctrinaria italiana	317
VII. El notario y el árbitro	326
VIII. Opiniones de diversas autoridades en nuestro país sobre el carácter del notario	328
IX. El notario y el secreto profesional	330

CAPÍTULO OCTAVO

EL SECRETO DEL NOTARIO

SUMARIO: I. *Carácter doble del notario como profesional del derecho y encargado de una función pública.* II. *Significado y alcance de la expresión “profesional del derecho”. La Ley reglamentaria del ejercicio profesional y su discusión.* III. *Corriente doctrinaria que reduce la actividad del notario a la creación de la forma, segregando su labor como jurista.* IV. *El notario como funcionario público. Opiniones funcionaristas.* V. *Opiniones antifuncionaristas.* VI. *Opinión nuestra. La corriente doctrinaria italiana.* VII. *El notario y el árbitro.* VIII. *Opiniones de diversas autoridades en nuestro país sobre el carácter del notario.* IX. *El notario y el secreto profesional.* X. *Secreto del instrumento público. Sus límites: obtención de traslados y exhibición del protocolo.* XI. *Visitas de inspección.* XII. *Transmisión de tenencia del protocolo.* XIII. *Informes a las autoridades.* XIV. *Comentarios a una tesis de la Suprema Corte de Justicia.* XV. *Los actos inscribibles en registros públicos.*

I. En todos los capítulos anteriores hemos estudiado principios jurídicos y disposiciones legales que rigen al secreto profesional en general o bien al secreto del abogado particularmente. Corresponde ahora examinar, de acuerdo con el título de esta obra, el secreto del notario.

Los matices propios de este secreto, que se nos presentan como peculiares del mismo, justifican indiscutiblemente su estudio por separado. Y es que la situación compleja en que se halla el notario de tipo latino, por ejercer una función pública, siendo a la vez profesional del derecho, hacen que, sin dejar de serle aplicables los principios anteriormente expuestos, tomen ellos modalidades especiales cuando recaen sobre la actuación típicamente notarial.

II. El artículo II de nuestra anterior Ley del Notariado (31 de diciembre de 1945), recientemente derogada, establecía expresamente que “El notario a la vez que funcionario público es profesional del Derecho. . .” reiterando con esto la disposición contenida en el artículo primero de la misma Ley, según el cual el ejercicio del notariado “se encomienda a profesionales del derecho” a virtud de la patente que para tal efecto les otorga el Ejecutivo de la Unión.

La nueva Ley del Notariado (promulgada el 30 de diciembre de 1979), suprimió la expresión de “profesional del derecho” aplicada al notario, pero como las funciones que encomienda a éste, en su calidad de jurista,

resultan ser prácticamente las mismas, puede decirse que a pesar de esa supresión no ha habido cambio en la situación legal del notario a este respecto, como veremos en el presente capítulo.

En opinión de algún autor, compatriota nuestro, que escribió durante la vigencia de la ley anterior, hasta es esta característica de profesional del derecho la principal y más importante que el notario tiene y que prevalece sobre la de funcionario público que le daba dicha ley anterior y continúa dándole la actual en su artículo décimo. Así se expresa Luis Carral sobre este tema:

Los notarios nos sentimos y preferimos ser profesionales del derecho, aunque sin mengua de nuestra "función pública" de fedatarios... La misma ley, comprendiendo la categoría científica y moral que resulta al notario del carácter de profesional del derecho, lo repite en varios artículos, aun incesantemente; y aunque Zanobini acuñó la frase conocida de "Función pública de ejercicio privado", en el Congreso de París se varió la fórmula por la de "Función pública en el cuadro de una profesión liberal", lo que hace resaltar que el aspecto más importante de la actividad notarial es el de la profesión liberal puesto que "dentro del cuadro de esa profesión" queda localizada la función pública.¹

Sin embargo, conviene aclarar, ¿qué significa esto de que el notario es un profesional del derecho y de que su función la ejerce "en el cuadro de una profesión liberal"? Porque es el caso que sobre este punto han surgido algunas confusiones e interpretaciones erróneas que deben ser dilucidadas.

La ley que reglamenta el ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, conocida, para brevedad de la expresión, como "Ley de Profesiones", pero cuyo nombre verdadero y completo es el de "Ley Reglamentaria de los artículos cuarto y quinto Constitucionales, relativos al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito y Territorios Federales", estableció originariamente en sus dos primeros artículos:

Art. 1º Se entiende por título profesional el documento expedido por una de las instituciones autorizadas y mediante los requisitos que se exigen en esta ley y en las demás relativas, a favor de la persona que ha comprobado haber adquirido los conocimientos necesarios para ejercer una de las profesiones a que se refiere el artículo siguiente.

Art. 2º Las profesiones que necesitan título para su ejercicio son las siguientes: Actuario, Arquitecto, Bacteriólogo, Biólogo, Cirujano dentista, Contador, Corredor, Enfermera, Enfermera y partera, Ingeniero en sus diversas ramas profesionales: ...Licenciado en Derecho, Licenciado en Economía, Marino en sus diversas ramas, Médico en sus diversas ramas profesionales,

¹ *Derecho notarial y derecho registral*, México, Editorial Libros de México, S. A., 1965 primera parte, cap. IV, p. 47.

Médico veterinario, Metalúrgico, Notario, Piloto aviador, Profesor de educación pre-escolar, primaria y secundaria. Químico en sus diversas ramas profesionales: . . .Trabajador social.

Esta inclusión del notario entre los profesionistas cuya actuación requiere título y queda sujeta a las disposiciones de la Ley Reglamentaria que nos ocupa, como una profesión autónoma e independiente de la de abogado o licenciado en derecho, fue motivo para que se entablara en la Cámara de Diputados una interesante discusión sobre el tema al examinar el anteproyecto de ley; discusión en la que se puso de manifiesto una de esas confusiones, a que nos acabamos de referir, a propósito del notario como profesional de derecho.

Haciendo algunas objeciones a ese anteproyecto, el licenciado Manuel Moreno Sánchez, diputado en la legislatura a que correspondió examinarlo y aprobarlo, expresó una, relativa a la inclusión del notario entre los profesionistas sujetos a reglamentación, en los siguientes términos:

En segundo lugar, existen aquí anotadas dos actividades que no son profesiones, sino funciones públicas: la de Corredor y la de Notario. El Corredor público y el Notario tienen funciones especiales, tienen fe pública, tienen un *fiat* del Estado. El Estado les ha concedido, mediante una autorización, el poder para autorizar lo que han visto, para dar fe de lo que han visto que realizan los particulares. Y esto no lo puede hacer cualquiera, sino sólo aquel que tenga la autorización. Es verdad que las leyes del notariado exigen que el Notario sea abogado. Entonces basta con reglamentar la profesión del abogado. Cuando el Notario sea Notario, entonces es funcionario público, está cumpliendo funciones específicas del Estado, como es dar fe de los actos de los particulares, y no está ejerciendo una profesión en el sentido que las demás profesiones se ejercen. Cuando el Corredor público da también fe de actos mercantiles, está en la misma situación. Se me dice esto: que en algunas universidades existe la carrera de Notario. Esto no tiene importancia porque al fin y al cabo si el Notario ha de ser Notario, no lo es por la profesión que ha estudiado, sino por el *fiat* que el Estado le da, por la autorización que el Estado le da.²

En defensa del impugnado anteproyecto replicó uno de sus autores, el licenciado y entonces diputado Andrés Serra Rojas, expresando sobre la anterior objeción:

No voy a referirme a otros aspectos de la argumentación del compañero Moreno Sánchez, que ya han sido rebatidos, a mi juicio, en forma brillante por el compañero Brito Rosado, sino a aquellos a los que él no se refirió. En primer lugar tenemos su referencia a las trabajadoras sociales; y en segundo, al de los corredores y notarios públicos.

El corredor y el notario público, sin duda, realizan una función pública.

² *Diario de los debates*, 17 de diciembre de 1943, p. 9.

Yo no puedo de ninguna manera venir a argumentar en contra del texto de la Ley del Notariado. Es clara esta ley a este respecto: el notario es un funcionario público. ¿Esto quiere decir exclusivamente que ya la definición de la ley abarca la situación jurídica del notario y del corredor? Indudablemente que no. Yo tengo a la vista precisamente el Tratado de Notarías de Casado. Nuestra legislación en esta materia, en gran parte está inspirada en la vieja legislación del notariado en España.

Y justamente en este tomo de ese Tratado se sostiene esa doble idea: el notario como profesionista, y el notario como funcionario público.

El notario, como profesionista, requiere una verdadera especialidad profesional. Ustedes saben que de los Estados verdaderamente cultos de la República, Guanajuato ocupa uno de los lugares prominentes. Es proverbial la cultura Guanajuatense; es proverbial la magnificencia de los estudios en Guanajuato.

Pues bien, allí se incluye la carrera de notario público. Yo no niego que se necesita un *fiat* para el ejercicio profesional de notario, pero lo que sí aseguro, es esto: que la actividad del notario siempre ha sido estimada, sobre todo, en sus fuentes originales, como una actividad estrictamente profesional. Dice Casado: "viene, pues, la Notaría a llenar una necesidad social y nació, como todas las profesiones, de la práctica que paulatinamente fue tomando caracteres de arte hasta elevarse a la naturaleza de ciencia jurídica, pues la Notaría no es otra cosa que la aplicación de los principios del derecho a las convenciones de los hombres, y entiéndase bien, el servicio profesional del notario termina con la perfecta redacción del acto o contrato encomendado por las partes". . .

Tengo aquí a la vista la opinión de los corredores de México. En general, ellos han solicitado de nosotros que se incluya precisamente la carrera de corredor. El corredor, a diferencia del trabajador social y a diferencia del notario, sí tiene una actividad privada, porque el Estado le encomienda también una actividad semejante a la del notario, pero, en cambio, tiene la ventaja sobre aquél de tener mayor iniciativa en la realización de los actos y de participar más directa y eficazmente en la realización de los actos jurídicos. Cometeríamos nosotros una grave omisión si omitiéramos la profesión de corredores como la de notarios.³

En uso de la palabra nuevamente el diputado Moreno Sánchez, sostuvo su posición primitiva respecto a los notarios diciendo:

No puedo aceptar que los notarios públicos figuren aquí, porque, aunque en el supuesto de Serra Rojas, de la economía dirigida, no puedo aceptar que necesiten figurar aquí quienes son funcionarios públicos. Si mañana pueden los notarios evitar que un particular invierta su capital en una actividad, lo evitarán porque una ley les imponga como funcionarios públicos la obligación de vigilar las inversiones de los particulares.⁴ No puedo aceptar, pues, que los corredores y los notarios figuren en esta ley porque son funcionarios públicos,

³ *Diario de los debates*, 17 de diciembre de 1943, p. 12.

⁴ Curiosa predicción de la reciente ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, promulgada más de veinticinco años después.

pero sí acepto que los marinos, los pilotos aviadores y trabajadores sociales figuren.⁵

Esta era, por consiguiente la opinión que se tenía del notario como profesional, entre los diputados que debatieron sobre la reglamentación de las profesiones. Y junto con ella se manifestó también la tendencia a socializar estas últimas.

De esta tendencia surgió la redacción del artículo 6º de la Ley, cuya parte final alcanza indudablemente a los notarios, tomando en cuenta, como antecedente legislativo, las ideas expuestas sobre ellos por los legisladores:

En caso de conflicto entre los intereses individuales de los profesionistas y los de la sociedad, la presente ley será interpretada en favor de esta última, si no hubiere precepto expreso para resolver el conflicto. Por lo que se refiere a las profesiones que implican el ejercicio de una función pública se sujetarán a esta ley y a las leyes que regulen su actividad, en lo que no se oponga a este ordenamiento.

En resumen, para la Ley de Profesiones el notario es un profesionista diverso del licenciado en Derecho, que para ejercer necesita del título correspondiente, esto es, título de notario, no de abogado y que queda sujeto en su ejercicio a dicha ley en forma principal, teniendo su propia ley orgánica, la del Notariado, solamente carácter supletorio respecto de aquélla. El artículo 6º que acabamos de transcribir dice claramente en su parte final: “en lo que no se oponga a este ordenamiento”.

Así triunfaban las ideas de Serra Rojas en las que erróneamente se confundía la característica del notario, como profesional del derecho porque necesita tener título de abogado, con la existencia de una supuesta profesión notarial distinta, con título propio y diverso del anterior. Moreno Sánchez había estado en lo justo dentro del debate al decir: “si el notario ha de ser Notario, no lo es por la profesión que ha estudiado, sino por al “fiat” que el Estado le da, . . .”.

Por fortuna, este equivocado régimen que para el notario habría creado la Ley de Profesiones, quedó derogado tácitamente, así lo pensamos, con la Ley del Notariado de 1945, por ser posterior a aquélla. Esta última vino a poner las cosas en su sitio, al decir: “el Notario, a la vez que funcionario público, es profesional del Derecho que ilustra a las partes en materia jurídica y que tiene el deber de explicarles el valor y las consecuencias legales de los actos que vayan a otorgar, . . .” (artículo 11). Igualmente estableció dicha Ley que para obtener patente de aspirante

⁵ También fue discutida en aquella ocasión la inclusión de estas últimas actividades entre las profesiones sujetas a la exigencia de título para su ejercicio (*Ibid.*, p. 15).

al ejercicio del notariado se necesitaba satisfacer, entre otros requisitos, el de tener título de abogado expedido por institución legalmente reconocida (artículo 97). Quedaron señaladas algunas actividades como incompatibles con las funciones de notario, entre ellas el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que hubiere contienda (artículo 6º). Por el contrario, se facultó al notario para patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de las escrituras y en los procedimientos judiciales necesarios también para dicho registro (artículo 6º). Por último, dispuso la Ley de 1945 que el notario podía renunciar a su puesto, pero en tal caso quedaría impedido como abogado para intervenir, con cualquier carácter, en los litigios relacionados con las escrituras o actas notariales que hubiera autorizado (artículo 153).

Todas estas disposiciones quedaron establecidas también, en preceptos de diferente número, por la Ley actual, siendo de observarse que en ellas se establece de manera expresa o se presupone en forma tácita que el notario debe ser profesional del Derecho (no lego en esta ciencia) y que tal carácter consiste en tener título de abogado o sea licenciado en Derecho. Ninguna profesión notarial autónoma, como quería la Ley de Profesiones.

Además, esta última quedó también modificada por la reforma de 31 de diciembre de 1973 (publicada en el Diario Oficial de fecha 2 de enero de 1974), en los siguientes términos:

Artículo 1º Título profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta Ley y otras disposiciones aplicables.

Artículo 2º Las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio.

En cuanto a la enumeración de las profesiones sujetas a la Ley, que se había hecho en la redacción originaria en su artículo 2º, según vimos antes, se trasladó en la reforma al artículo 2º, transitorio, del Decreto que la promulgó, el cual dice en lo conducente:

Segundo: En tanto que se expidan las leyes a que se refiere el artículo 2º reformado, las profesiones que en sus diversas ramas necesitan título para su ejercicio son las siguientes: . . .

En la enumeración vuelve a quedar incluido el notario. Pero este error carece ahora de la trascendencia que tenía en la redacción originaria de

la Ley, pues, como hemos visto, el nuevo artículo 2º deja a las leyes que regulan cada "rama o especialidad profesional" la determinación de las que necesitan título para su ejercicio. Como el notariado tiene su ley orgánica propia, será ella la que deba regirlo al respecto.

III. Otra apreciación equivocada de este carácter del notario como profesional del derecho es la que hacen algunos autores pretendiendo separar radicalmente su actuación como jurista de la función que ellos consideran serle típica, o sea la de crear la forma legal.

José González Palomino, que es uno de los principales representantes de esta tendencia, expresa su opinión en diversos párrafos que a continuación transcribimos:

El Notario que además de su función típica actúa como jurista, no actúa como Notario al actuar como jurista. Si ejerce una profesión libre jurídica la ejerce con independencia de su profesión de Notario. En identidad de supuesto a si explota una granja o actúa como médico. El propio Fernández Casado (*Tratado*, I, página 23), dice: "El Notario ejerce, pues, una profesión privada: la de dirigir y aconsejar a las partes en sus actos y contratos. Esta profesión se concibe existiendo con independencia del ejercicio de la fe pública."⁶

Y en otro lugar de su libro, añade González Palomino:

Después de referirse al art. I, de la Ley orgánica (que no es una definición sino una norma) y al art. I del Reglamento (que no es una norma, sino un conjunto de definiciones, que serán valederas o no, según sean o no exactas), dice Sanahuja: "Desde luego, el precepto legal es terminante, en cuanto al carácter de funcionario público que tiene el Notario; y sobre tal particular no caben opiniones de ninguna clase en Derecho positivo." (*Tratado* I, pág. 423.) Pero antes había dicho y luego insiste, en que "no sólo la organización, sino la misma función notarial, en su actuación práctica, se halla informada y revestida de un doble aspecto, público por un lado y privado por otro. No es que el Notario ejerza a veces de funcionario público y otras veces de profesional del Derecho. Es que ambos caracteres se hallan involucrados en el Notariado y determinan un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo del Derecho público ni del Derecho privado" (pág. 2). Esta es la doctrina ortodoxa.

Yo en cambio me he esforzado en demostrar que el Notario es un funcionario público que tiene a su cargo ciertas funciones que se resumen en la de dar forma jurídica a negocios y relaciones de derecho privado; y que si además y normalmente ejerce otras funciones como jurista, esta actuación no es como Notario. El Notario es el facedor del instrumento público. El instrumento público es forma de un negocio (forma de un negocio y no forma de un derecho, cosa que suele confundirse). Si el Notario ha intervenido pre-

⁶ *Instituciones de derecho notarial*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, t. I, núm. II, p. 130.

viamente para formar y afirmar a la voluntad que es alma del negocio, de que el instrumento público es forma, esa actuación libre no es actuación Notarial.⁷

Las anteriores ideas han sido acogidas con beneplácito por Alberto Villalba Welsh, quien se ha sumado a esta corriente de opinión jurídica en un interesante trabajo suyo, en que expresa:

Más ajustado a la realidad jurídica es el concepto que de la función notarial nos da González Palomino. Entiende este autor que consiste en dar forma a los negocios jurídicos, lo que concuerda con nuestra definición del Derecho notarial.

Si en principio hemos dado por existente al Derecho notarial, es a condición de que se lo limite a su verdadero contenido, despojándolo no sólo de los elementos extraños del Derecho sustantivo, sino también de los introducidos a mérito de otros aspectos de la labor notarial, como la de jurista y de asesor. Sólo así se podrá hacer Ciencia del Derecho notarial. No debe olvidarse que el Derecho, en cuanto necesita valerse de normas como representación de la conducta, es una ciencia normativa, y, en consecuencia, sólo donde hay normas jurídicas con su estructura completa (endonorma y perinorma) puede hablarse de Derecho. Apartar del Derecho notarial los elementos extraños que erróneamente le atribuye la doctrina, debe ser la tarea que se impongan los notarialistas si quieren hacer verdadera ciencia.⁸

Y párrafos más adelante añade:

Cabe destacar que, de los escritores contemporáneos, quien ha tenido una visión más clara de la necesidad de abrir nuevas rutas para el Derecho notarial es González Palomino, quien ya nos habló de la conveniencia de desenvolver ampliamente una teoría general de las formas públicas o formas jurídicas.⁹

En resumen, que para estos autores lo estrictamente notarial, lo típicamente notarial, se reduce a la creación de la forma. Lo demás, la actuación del notario como jurista, como profesional del derecho, es una labor que ejerce paralelamente a la primera, pero con independencia de ella y que no sirve para calificarlo como notario. Y como prueba de esto, señala González Palomino que históricamente el notario no ha necesitado ser jurista, pues ha podido actuar sin serlo; hecho este último que ocurrió antiguamente y que ocurre todavía en países en que no es exigida al notario ninguna labor jurídica.¹⁰

⁷ *Op. cit.*, t. VII, núm. I, p. 219.

⁸ "El derecho notarial a la luz de la teoría egológica" en *Revista Internacional del Notariado*, julio-septiembre 1951, núm. 11, p. 226.

⁹ *Ibid.*, p. 226.

¹⁰ *Op. cit.*, t. III, núm. II, p. 130.

¿Es correcta esta posición doctrinaria? Ya antes Giménez Arnau había dicho que la institución notarial “nace con el fin de probar, en su día, los actos o negocios jurídicos que se someten a su amparo en la esfera de las actuaciones privadas”, añadiendo poco más adelante que “al lado de la función primitiva (exclusivamente probatoria), la evolución de las instituciones jurídicas y la complicación creciente de las relaciones humanas ha dado origen a otra tarea típicamente notarial, que es la de dar forma solemne (condición de existencia) a determinados negocios jurídicos”.¹¹ De manera que, según esta autorizada opinión, ni siquiera es la creación de la forma lo originario o único en la función notarial, sino que la finalidad perseguida por ésta fue inicialmente probatoria y continúa existiendo aún esa finalidad. Y así, la función no se reduce “al hecho de dar fe” sino que tiene también “la misión importantísima de solemnizar (dar forma pública); conceptos ambos que, aunque íntimamente relacionados desde el punto de vista físico y cronológico, son totalmente diferentes”.¹²

Pero no es hora de discutir aquí si la creación de la forma es lo único o lo principal dentro de la función del notario, con respecto a la fe pública probatoria. Parece que dentro de la opinión de Giménez Arnau, el derecho notarial no puede reducirse a “una Teoría General de las formas jurídicas”, como pretende Villalba Welsh, supuesto que subsiste la finalidad de la prueba. Lo que nos interesa por ahora es saber si dentro de esta función probatoria y formalizante (no necesariamente solemnizante) del notario, va implicada su labor como hombre de leyes, —profesional del derecho—, o si, por el contrario, queda excluida, constituyendo una tarea aparte, que aunque se realiza también por el notario, no es lo típico o peculiar de éste, sino más bien algo que tendría en común con otros juristas que no fueran notarios.

Para tratar este tema creemos que debe hacerse una distinción en las actividades jurídicas del notario, que ya hemos expuesto en otra parte,¹³ reduciéndolas a tres clases. La primera comprendería tareas de abogado, ajenas por completo a la función pública, pero que, por no ser incompatibles con ésta, las tolera la ley al notario. Simplemente se las permite, pero sin que formen parte de su tarea de notario, pues cualquier abogado

¹¹ *Introducción al derecho notarial*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944, cap. III, núm. 2, pp. 40 y 41.

¹² *Ibid.*, p. 45.

¹³ Véase nuestro trabajo que, con el título de “Los notarios frente a la legislación fiscal punitiva”, presentamos al Octavo Congreso Internacional del Notariado Latino (México, 1965) y que se publicó en la *Memoria* del mismo (vol. II, p. 675). También fue publicado por la *Revista Mexicana de Derecho Penal*, marzo-abril 1967, núm. 14, p. 93.

podría llevarlas a cabo. Tales son, entre otros, algunos de los actos a que se refiere el artículo 17 de nuestra Ley: resolver consultas jurídicas, ser secretario en juicios arbitrales, patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales necesarios para obtener el registro de escrituras o en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de ellas, a que antes nos hemos referido.

Las actividades jurídicas de la segunda clase son aquellas que realiza el notario en conexión habitual con la función pública, pero sin formar parte de ella. Comprenden la labor del notario para asesorar a las partes, interpretar su voluntad y encauzarla dentro de lineamientos jurídicos que la hagan apta para ser objeto de un instrumento notarial. Igualmente comprenden el deber que el notario tiene para con las partes, antes del otorgamiento, de hacerles saber el alcance de las obligaciones que van a contraer y de los derechos que van a adquirir. Por último dentro de los diversos medios que la ley da, en algunos casos, para obtener un efecto jurídico determinado, al notario corresponde sugerir y proponer a las partes el que a su juicio fuere más conveniente, lo que también constituye tarea de abogado. La función pública del notario guarda con estas actividades profesionales de la segunda clase, que habitualmente la acompañan, una relación puramente externa. Ciertamente cualquier abogado que no fuera notario podría, en abstracto, realizarlas pero en concreto sólo el notario las lleva a cabo, pues van asociadas a esa función pública que constituye su labor.

La tercera clase de actividades jurídicas comprende las que el notario realiza en conexión necesaria con la función pública y vinculadas internamente a ella. Mediante estas actividades el notario controla la legalidad del acto que va a ser objeto de instrumentación, el cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma necesarios para que su actuación, cristalizada en el instrumento, tenga eficacia jurídica y produzca los efectos queridos por las partes (calificación de su competencia legal para actuar, de los comprobantes de personalidad, de los requisitos previos al otorgamiento o a la autorización de la escritura, de las inserciones que debe contener ésta, de la legalidad sustantiva del acto, etcétera). Tales actividades de jurista son indispensables a la función pública, hasta el punto que ésta no podría realizarse válidamente sin aquéllas.

En consecuencia, la escisión que los autores antes citados introducen en la labor del notario y que llega hasta el extremo de excluir de ella toda actividad como profesional del derecho, creemos que no es aceptable. Hasta en la pura creación de la forma tiene que actuar el notario como tal profesional, además del ejercicio que inevitablemente le compete de las actividades jurídicas de la tercera clase, que antes señalamos. La forma creada por el notario, el instrumento público, es una forma legal, suscep-

tible de presentar problemas de acuerdo con las leyes que la rigen. Y aquí el notario debe ser jurista y actuar como tal si ha de resolver acertadamente esos problemas, que pueden amenazar a la validez misma de la forma como creación legal. Ya se ve, por tanto, que la actuación como jurista o profesional del derecho sí compete inevitablemente al notario, sin que obste para ello el hecho de que las actividades jurídicas de las dos primeras clases que señalamos, no están necesariamente ligadas —sino sólo por razón de la costumbre— a su labor específica. El hecho señalado por González Palomino de que antiguamente hubo notarios —y que existan todavía en algunos países— que no necesitaran ser profesionales del derecho o no actuaran como tales, sólo revela una incompleta evolución de la institución notarial, que la hacía quedar defectuosamente integrada, evolución que con el tiempo tiende a completarse, exigiéndose en las leyes al notario como requisito para su nombramiento, el hecho de ser abogado, que en otras épocas no se le exigió, lo cual no significa que no haya necesitado conocimientos jurídicos, por escasos que fueran, para desempeñar su labor.

IV. La segunda calidad que se atribuye al notario es la de funcionario público. Ya hemos visto que el artículo 10 de nuestra ley, antes citado, la señala expresamente. Además, hay otras disposiciones legales, configuradoras de la organización notarial, que hacen pensar en esa condición del notario.

De la incompatibilidad que tienen algunas actividades con las funciones públicas del notario, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley, nos hemos referido anteriormente a la que tiene el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que haya contienda. A esta incompatibilidad debemos añadir otras que también señala el mismo precepto, tales como son: el desempeño de algún cargo público y también el de empleo o comisión, ya fueren públicos o particulares y el ejercicio de la actividad de comerciante, de agente de cambio o de ministro de cualquier culto.

El cargo de notario se adquiere por nombramiento que el Estado hace mediante la expedición de una patente, de acuerdo con los artículos 25 y 26 de la Ley y se pierde por destitución, que solo el Estado puede dictar de acuerdo con el artículo 134, siguiendo el procedimiento que el mismo establece para tal caso. Después de nombrado el notario tiene que rendir protesta legal para el fiel desempeño de sus funciones, según lo dispone el artículo 25 de la misma Ley del Notariado.

La competencia del notario está determinada, por razón del territorio y por razón de la materia, aunque en forma negativa en ambos casos, por los artículos 5 y 35 fracción II de la Ley, debiendo relacionarse el

primero de ellos con el artículo 13 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

La actuación del notario es objeto de vigilancia especial, por parte del Estado, mediante visitas a la oficina notarial, que pueden practicarse de oficio o a consecuencia de alguna queja. Dichas visitas se encuentran regidas por los artículos 113 a 123 de la Ley del Notariado y su finalidad, de acuerdo con el primero de ellos, es vigilar que las notarías “funcionen con regularidad y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

Por último, el notario puede ser sancionado administrativamente por violaciones a la misma. El poder disciplinario del Estado sobre el notario se rige por lo dispuesto en los artículos 124 a 152 estableciéndose en ellos las sanciones aplicables, la competencia para dictarlas y el recurso precedente contra las resoluciones que las impongan. Estas sanciones administrativas se aplican sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurra el notario y de las sanciones que le sean aplicables por responsabilidad penal.

Todo esto y el alcance mismo que tiene la fe pública del notario, han hecho que la doctrina tradicional de otros países latinos, con legislaciones semejantes a la nuestra, concluya sin reparos: *a*) que la función notarial es una función pública estatal y *b*) que el notario, por el hecho de ejercerla, es funcionario público del Estado.

Allí tenemos el ejemplo de González Palomino que dice refiriéndose a la legislación de España:

Nuestro derecho positivo es absolutamente claro. El Notario es un funcionario público; aunque sea además otras muchas cosas: propietario de una granja, accionista de una sociedad, padre de familia, partidario del clasicismo retórico, médico en ejercicio, etcétera. Y el convertir al Notario en funcionario público fue una de las bases de nuestra legislación orgánica.

Recuérdese que antes de ella estábamos ante el tipo de Notaría empresa privada: oficios enajenados de la fe pública. Y que en la Ley se operó la reintegración o reincorporación al Estado de los oficios enajenados de la fe pública, considerada la fe pública, objeto de los tales oficios, como una función pública que pertenecía al Estado, que había sido separada de él por causas históricas y cuya recuperación era de interés público y de dignidad estatal.¹⁴

Y más adelante añade este autor:

En las doctrinas liberales de derecho político era ya indefendible el criterio, de manera que en la realidad actual del servicio público y de la intervención del Estado en materias que no le afectan directamente, pero que directamente afectan a la sociedad, hasta el punto de haberse definido el Estado moderno como “aquél en que todo lo que no está prohibido es obligatorio”, resulta de ciega obstinación negar que la función notarial es de naturaleza

¹⁴ *Op. cit.*, t. VII, núm. I, p. 220.

pública y que el funcionario a cuyo cargo está es un funcionario público, del Estado, cuya es la función.¹⁵

Por su parte, el tratadista argentino José María Mustápicich no es menos terminante en sus conceptos sobre este tema y por ello dice, refiriéndose a la actividad del notario:

Esas actividad pública importa el ejercicio de la fe pública, que sólo el Estado puede otorgarla. Siendo el Estado una persona jurídica de derecho público, cuyas manifestaciones sólo puede realizarla por personas físicas, es obvio a este respecto, que los representantes encargados de dicha actividad, no proceden de propia autoridad, sino delegados del Estado.

Si el sujeto físico no tiene la fe pública para otorgarla, sino que ella deriva del Estado, surge que los que la poseen sólo pueden ser representantes del mismo, específicamente autorizados para otorgarla conforme a condiciones regladas.¹⁶

Finalmente, la autorizada voz de don José Castán Tobeñas se hizo oír, sobre el tema que nos ocupa, en los siguientes términos:

Desde luego, no puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial, reconocido por la Ley Orgánica del Notariado y por el Reglamento. Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos jurídicos exigen que el Notario sea un funcionario Público, que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del Derecho asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas.¹⁷

V. Sin embargo, la doctrina moderna, sobre todo en Sudamérica, se ha inquietado ante esta inclusión del notario entre los funcionarios públicos estatales, por encontrar en él características propias que se avienen mal con ello y no permiten colocarlo, por lo menos completamente, entre los órganos de la administración pública. El propio Castán Tobeñas, en seguida del párrafo suyo que acabamos de citar, se ve precisado a reconocer que la función notarial "tiene fines complejos y características especiales que la alejan mucho de las funciones típicamente administrativas y que conviene siempre destacar, pues ha de prevenirse el peligro de que el Notariado se convirtiera, merced a la acentuación del carácter administrativo de su función, en una rueda más de la máquina burocrática". Y concluye diciendo que "se ha de reconocer que corresponde

¹⁵ *Ibid.*, p. 221.

¹⁶ *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Buenos Aires, Ediar, S. A. Editores, 1955, t. II, cap. II, núm. III, p. 52.

¹⁷ *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946, cap. I., p. 38.

al Notariado una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica.¹⁸

También José María Mustápic, cuya opinión funcionarista dimos antes a conocer, hace un reconocimiento de esta situación peculiar que guarda el notario, al decir:

Pero si bien es cierto que consideramos que el escribano es funcionario público, admitimos que guarda una fisonomía un poco distinta a la tradicional, pues conserva una cierta autonomía, que, empero, no alcanza conceptualmente a despojarlo de tal carácter.¹⁹

Ante esta situación, Enrique Jiménez Arnau se apresta a sostener una doctrina de funcionarismo mitigado, diciendo que "La autenticidad del documento exige que el Notario sea un funcionario público. Pero no un funcionario del Estado; . . .". Y agrega poco más adelante:

Todo funcionario del Estado es un funcionario público, pero no viceversa. Los sacerdotes, los catedráticos, los agentes del Cambio y Bolsa, los corredores de Comercio ejercen funciones públicas, y son funcionarios públicos, pero no funcionarios del Estado.²⁰

De esta opinión de Jiménez Arnau nos volveremos a ocupar más adelante.

Todo ello ha conducido a que numerosos escritores de derecho notarial, principalmente latinoamericanos, se coloquen en la posición anti-funcionarista, negando al notario por completo el carácter de funcionario público. De estos autores es representante eximio el argentino Alberto Villalba Welsh, quien expresa sus ideas, entre otros trabajos suyos, en uno del que ya antes nos hemos ocupado y que contiene los siguientes párrafos:

No hay quien escriba sobre tópicos notariales que alguna vez no haya encarrado el estudio de este asunto a fondo o al menos lo haya rozado. De ello han resultado varias teorías entre las que predomina la que atribuye al notario la calidad de funcionario público. Pero es urgente advertir que aún sus sostenedores —que no son pocos, especialmente en España— encuentran que no se dan en el escribano todas las características propias del funcionario público, lo que no obsta para que así sigan considerándolo.

Ya dijimos en un estudio anterior que "el hecho de que la ley califique a los escribanos de funcionarios públicos no les da necesariamente ese carácter si tal aseveración no está suficientemente respaldada por las demás disposiciones legales. Tal calidad no puede adquirirse por una mera declaración

¹⁸ *Ibid.*, pp. 39-40.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 52.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 42-43.

aunque emane de un texto legal. La calidad de funcionario público debe ser una cosa cierta, evidente, que encuentra su apoyo en la ley misma y en el reconocimiento de la existencia de un vínculo real con el Estado”, Couture concuerda en toda la línea con este criterio cuando nos dice que “el problema de la condición del escribano público no es un problema de definición legal. Podrá el legislador, en sus definiciones, denominarlo así, pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definiciones sino instituir normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conducta futura. El escribano público será funcionario público, si la ley le asigna en el conjunto de las interrelaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos: su estatuto jurídico. No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en el cúmulo de sus derechos y deberes no tiene la condición de tal.”²¹

La anterior observación es exacta. No basta en efecto que el artículo 10 de nuestra Ley del Notariado califique de funcionario público al notario para que ya por ese solo hecho tenga necesariamente tal carácter. Este solamente puede tenerlo por razón de las funciones que realice y por la forma como lo haga, en sus relaciones con el Estado y con los particulares, pero en ningún caso basta para dársele una simple declaración contenida en la Ley. Además Villalba Welsh continúa sus argumentaciones, párrafos más adelante, para demostrar que el notario de ningún modo es funcionario público.

La Administración pública —o sea el Estado mirado bajo uno de sus aspectos— necesita para cumplir sus fines, de hombres que se conduzcan en alguna forma específica. Las acciones de estos hombres son imputadas al Estado como queridas por éste porque esta es la consecuencia prescripta por el orden jurídico estatal. Vale decir que la conducta de esos hombres —órganos del Estado— en lugar de serles imputada a ellos mismos (en cuanto reflejan actividad específica estatal) es imputada al Estado, de tal modo que éste es responsable de los actos de sus agentes, puesto que se consideran propios del Estado.

Ya tenemos aquí una distinción radical: en tanto que los actos de los funcionarios públicos son imputados al Estado y éste es responsable por los mismos, los actos de los escribanos públicos no son imputados al Estado, puesto que no son órganos y, consecuentemente, éste no es responsable de su actuación. Es fácil ver que esta diferencia fundamental cierra definitivamente el camino a los que pretenden seguir encontrando en el escribano los caracteres del funcionario público. Aunque hubiesen algunos rasgos coincidentes, basta que no coincidan en lo esencial para que la teoría funcionarista deba ser dejada de lado.²²

²¹ *Op. cit.*, pp. 230-231.

²² *Ibid.*, p. 235.

Es interesante hacer notar que los anteriores razonamientos se refieren en todo caso al notario, para demostrar que no es funcionario público, pero en ningún caso a la función notarial en sí misma, cuya naturaleza de función pública estatal sigue reconociendo el autor y prueba de ello es que la relación entre el Estado y el notario pretende explicarla mediante un contrato de derecho público.²³ Solución ésta que aunque no nos parece convincente, por lo menos pone a salvo a su autor de las impugnaciones que más adelante vamos a formular, pues a esta distinción entre la función notarial y el notario la consideramos esencial para el esclarecimiento del problema planteado por la controversia entre funcionaristas y antifuncionaristas, como podrá verse en seguida.

Dentro de la segunda de estas dos corrientes figura otro autor, Francisco Martínez Segovia, cuyas ideas presentan particular interés para nosotros, por el hecho de haber sido trasplantadas a suelo mexicano mediante la obra de Luis Carral y de Teresa que antes hemos citado (*Derecho notarial y derecho registral*) en la que expresamente reconoce este último autor que “en el desarrollo de este tema seguiremos a Martínez Segovia” (cap. IX, p. 96).

El referido autor argentino, Martínez Segovia, sostiene expresamente que “La función notarial es función privada calificada con efectos de publicidad y con un valor semejante a una función pública.”²⁴ Para fundar esta opinión, caracteriza antes su autor las funciones privadas como “aquéllas que se ejercitan en el interés de los particulares sobre derechos privados” en tanto que las funciones públicas son las “que se ejercen en nombre del Estado, comprometiendo su responsabilidad y para asuntos de interés general”.²⁵ De allí concluye Martínez Segovia que para calificar la función notarial “en una u otra forma debe participar de los caracteres de la una o de la otra, pero de los caracteres esenciales”.²⁶

A continuación señala este autor las notas que en su opinión separan la función notarial de las funciones públicas y después las notas que la ubican en las funciones privadas. Veamos cuáles de unas y de otras están de acuerdo con las que tiene en el derecho mexicano la función notarial y presentan validez para éste.

1) Las funciones públicas son las funciones del Estado, que se distribuyen entre los tres Poderes: Ejecutivo o administrador, Legislativo y Judicial. La

²³ *Ibid.*, p. 234.

²⁴ *Función notarial*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1961, segunda parte, cap. II, p. 165.

²⁵ *Ibid.*, p. 151-152.

²⁶ *Ibid.*, p. 165.

función notarial no se encuadra en ninguno de los tres, luego no es función del Estado, o sea no es función pública.²⁷

Esto constituye la expresión de la tesis antifuncionarista, no un argumento para demostrarla, y emplearla como tal constituiría una notoria petición de principio. Además, debe recordarse que en nuestro derecho la función notarial compete, cuando menos formalmente, al poder Ejecutivo, atento a lo dispuesto por el artículo primero de la Ley del Notariado en relación con el artículo 18 fracción IV de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

2) Ningún funcionario del Estado puede autorizar, normalmente, un documento notarial en ejercicio de sus funciones. Cuando lo hace es: *a*) por vía de suplencia, por faltar notario en el lugar (caso de los Jueces de Paz autorizados, los Cónsules, los Capitanes); *b*) por vía de avance sobre las funciones notariales. Ambos casos son anormales.²⁸

Esto solamente muestra la delimitación de las competencias para el ejercicio de las funciones públicas, pero no prueba que el notario sea funcionario del Estado ni que deje de serlo.

3) El sueldo o costo pagado por el presupuesto del Estado, la dependencia jerárquica y la responsabilidad del Estado, son tres notas características y esenciales del funcionario público, que no se dan en el Notariado y en esto está conforme la totalidad de la doctrina.²⁹

Tal vez esta última afirmación de Martínez Segovia peca de temeraria. En cuanto a las tres notas características que señala, hay que distinguir. Que el notario no es remunerado por el Estado es totalmente exacto y constituye indudablemente uno de los argumentos más fuertes para no considerarlo funcionario público. La dependencia jerárquica está ausente en el notario sólo hasta cierto punto, pues aunque es verdad que no actúa sometido a órdenes superiores para la confección del instrumento público, ni menos aún para su ejercicio como profesional del derecho, ello no impide que el Estado pueda vigilarlo mediante inspecciones y solicitudes de informes y también sancionarlo disciplinariamente si su actuación no está de acuerdo con la Ley. Todo lo cual demuestra que la dependencia jerárquica no está ausente por completo en el notario. En cuanto a la tercera nota, responsabilidad civil del Estado por hechos ilícitos del funcionario, debe decirse que en nuestro derecho sólo existe en forma subsi-

²⁷ *Ibid.*, p. 165.

²⁸ *Ibid.*, p. 166.

²⁹ *Ibid.*

diaria (artículo 1928 del Código Civil). Para el notario no hay disposición expresa que la establezca, ni siquiera en esa forma, y el punto es discutible.

4) La doctrina del derecho administrativo admite la existencia de funcionarios honorarios que carecen de sueldo, pero tienen las demás características: dependencia jerárquica y responsabilidad del Estado por sus actos. No puede incluirse al notario entre los funcionarios honorarios.³⁰

Estamos totalmente de acuerdo con esta opinión, en cuando se limita a excluir al notario de los funcionarios honorarios.

5) Es indiferente para el público qué funcionario atiende la función pública. Existe lo que Sanahuja llama fungibilidad. En el Notariado es fundamental la libre elección del notario y no es admisible su imposición por el Estado ni su sustitución sin voluntad de las partes.³¹

En nuestro derecho no es nota peculiar para el notario la libre elección por quienes utilizan sus servicios. También se da ella para los Jueces de lo Civil y de lo Familiar en las demarcaciones en que existen varios y hasta hace poco tiempo también se daba para los Tribunales de Amparo.

6) La dependencia jerárquica importa el recurso de revisión de los actos del funcionario, lo que no existe en el Notariado.³²

La opinión es correcta, pero de ella no se deduce que también lo sea la proposición inversa. Que el recurso de revisión exista en donde hay dependencia jerárquica no quiere decir que cuando falta ese recurso falte también del todo esa dependencia. Quien mejor ha matizado la situación del notario en este punto es Giménez Arnau al decir que "la actividad notarial, como la judicial, no tiene ese marcado carácter administrativo que suele acompañar a otros funcionarios sometidos a la jerarquía no sólo en razón a los fines que cumplen, sino en la realización de su función típica, cosa que no sucede al Notario independiente de todo superior en su actuación profesional".³³

7) La única vinculación, no fundamental, del Notariado con el Estado es la designación o nombramiento o la inscripción en la matrícula o elenco profesional, según los distintos sistemas.³⁴

En nuestro derecho sí es fundamental el nombramiento del notario

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 167.

³³ *Op. cit.*, p. 41.

³⁴ *Ibid.*, p. 167.

por el Estado (artículos 1º, 25 y 26 de la Ley del Notariado) y no es la única vinculación, pues ya antes nos referimos a la potestad que tiene el Estado para inspeccionar, vigilar y en su caso sancionar disciplinariamente al notario por ilegalidades en su actuación. También la tiene para sancionarlo si rehusa prestar sus servicios sin causa justificada (artículo 126 fracción II g) de la misma Ley.

Sobre este tema del nombramiento del notario, Luis Carral ha querido abundar en las ideas de Martínez Segovia, diciendo en un párrafo de su libro:

Podríamos agregar que ni siquiera el nombramiento del notario proviene del Estado, sino de la Ley, ya que el Estado no podría libremente escoger a la persona y nombrarla; pues ésta debe reunir determinadas calificaciones y aun salir triunfante de un difícil examen de oposición.³⁵

Disentimos de esta opinión por las razones siguientes: 1ª No es exacto que el nombramiento del notario no provenga del Estado sino de la Ley, pues ésta sólo crea situaciones jurídicas abstractas e impersonales. La situación concreta que implica el nombramiento sólo la crea la autoridad encargada de aplicar la ley al caso particular. 2ª Lo exacto es que el nombramiento del notario se funda en la Ley, que es cosa distinta de la anterior. Pero esto no es peculiar del notario ni sirve para distinguirlo, ya que todo nombramiento de autoridades, funcionarios y empleados públicos también se funda necesariamente en alguna Ley Orgánica. Y 3ª El hecho de que el Estado “no podría libremente escoger a la persona y nombrarla”, ya que el nombramiento debe recaer forzosamente en quien reúne los requisitos legales, inclusive el triunfo en la oposición, sólo significa que en este caso las facultades de la autoridad que hace el nombramiento son regladas y no discrecionales —conceptos técnicamente opuestos— ya que no puede escoger a su arbitrio; pero no significa que no tenga facultades.

Martínez Segovia expone, después de las anteriores notas, otras que a su juicio “ubican a la función notarial en las funciones privadas”, que son las siguientes:

1) La función y el documento notarial están legislados en todos los países latinos en el derecho civil, en el Código Civil y en las leyes civiles. En cambio, las funciones públicas del Estado están tratadas en el Derecho administrativo, político o constitucional.³⁶

Esto no ocurre en nuestro país, en donde el Notariado tiene su propia

³⁵ *Op. cit.*, cap. IX, núm. III, p. 110.

³⁶ *Op. cit.*, p. 168.

Ley Orgánica y en el Código Civil sólo existen escasas disposiciones sobre la función notarial, principalmente en materia de testamentos. Además, la inclusión de una materia legislada, en algún ordenamiento, no basta para determinar su naturaleza.

2) La función notarial se desenvuelve y agota en relaciones de carácter privado. . . Las relaciones estatales no necesitan de la función notarial.³⁷

No es exacto que la función notarial se agote en relaciones de carácter privado. Puede tener por objeto actos que atañen a derechos políticos, como cuando el notario da fe de funciones electorales o de la constitución de un partido político.³⁸

3) Las relaciones que surgen del ejercicio de la función Notarial son todas de derecho privado o civil: relación partes-escribano; relaciones entre partes; relaciones partes-terceros; relaciones terceros-escribano.³⁹

Esto es verdad parcialmente, tomando en cuenta lo que dijimos en el punto anterior. Pero en todo caso, la naturaleza de esas relaciones que surgen de la función notarial, no determina la de esta última, del mismo modo que la naturaleza civil de una relación controvertida no determina la del procedimiento judicial en que se litiga.

4) La fe notarial y el documento notarial se parecen o asemejan al instrumento público y a la fe pública, pero no son idénticos: *a)* El instrumento público se refiere a actos de gobierno (comprendiendo los tres poderes). Contiene mandatos u órdenes imperativas, manifestaciones de Poder. El documento notarial contiene relaciones privadas, manifestaciones de voluntad humana y nunca de Poder; *b)* Correlativamente, el instrumento público del Estado no puede contener nunca relaciones privadas, manifestaciones de voluntad individual; *c)* El documento notarial sólo puede ser autorizado por notario y no por funcionario público. La competencia material de uno y otro es esencialmente distinta; *d)* La facultad de autenticar, de dar publicidad y valor, proviene de la ley para el notario, y del nombramiento, pues es derivación de potestad, para el funcionario. No puede haber funcionario sin nombramiento, pero sí puede haber notario sin nombramiento.⁴⁰

En este amplio párrafo de Martínez Segovia, procede también hacer distinciones. Lo afirmado en el punto *a)* es exacto, con la limitación que

³⁷ *Ibid.*, p. 169.

³⁸ Artículo 211 de la *Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales*. Castán Tobeñas vio muy bien esto. Consúltese su obra antes citada, en nota al pie de la p. 44 citando a Azpitarte.

³⁹ *Ibid.*, p. 169.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 169.

antes señalamos. Con lo sostenido en el punto *b*) no estamos de acuerdo, pues el que llama el autor instrumento público del Estado, puede contener relaciones privadas, como ocurre con los actos del estado civil (matrimonio, adopción, etcétera) y manifestaciones de voluntad individual (reconocimiento de hijos naturales), a menos que se quiera excluir del Derecho Privado a las relaciones familiares. En cuanto a lo que se afirma en el punto *c*), es exacto también por regla general, salvo los casos de excepción en que el documento notarial puede ser autorizado por Cónsules, Jueces y algunas veces por el Director del Archivo de Notarías. No es exacto que la competencia material “sea esencialmente distinta” entre el documento notarial y el público, pues hay actos para los que esa competencia es concurrente, como el citado de reconocimiento de hijos naturales. Tampoco es exacto lo sostenido en el punto *d*) en el sentido de que la facultad de autenticar provenga de la Ley para el notario y del nombramiento para el funcionario público, pues ya hemos dicho antes que la Ley es en todo caso la que establece la facultad en forma abstracta y el nombramiento el que la hace concreta, lo mismo para el primero que para el segundo. Y menos aún puede admitirse en nuestro derecho que haya notarios sin nombramiento.

5) El notario es autor y responsable de su obra y el funcionario no lo es.⁴¹

Evidentemente esto último no es verdad. El funcionario es tan responsable como el notario. Que el Estado tenga responsabilidad —subsidiaria en nuestro derecho, como antes mostramos— por los hechos del primero, no quiere decir que éste no sea también responsable de ellos.

6) La función notarial ha sido munida de publicidad (uno de los elementos que configuran el “valor” de mi definición) para responder a una necesidad jurídica y social de proteger las relaciones privadas, proveyéndolas de seguridad, valor y permanencia. Es la única nota distintiva con las funciones privadas de los particulares. Esta nota es la única que la hace asemejarse a las funciones públicas.⁴²

Aquí parece más bien que Martínez Segovia argumenta contra sí mismo en su pretendido intento de ubicar la función notarial entre las funciones privadas.

Este autor sostiene por otra parte y creemos que con razón, que la distinción entre “dos tipos de funciones públicas: *a*) funciones públicas del Estado; *b*) funciones públicas que no son del Estado... es inconsistente”.⁴³

⁴¹ *Ibid.*, p. 170.

⁴² *Ibid.*, p. 170.

⁴³ *Ibid.*, p. 167.

Con esto se opone a la tesis de Giménez Arnau que antes dimos a conocer, en el sentido de que el notario es funcionario público pero no funcionario del Estado, distinción ésta que nos parece inadmisibles en nuestro derecho, sobre todo si se toma en cuenta que los casos señalados por este último autor como equiparables al del notario (sacerdotes, agentes de cambio y de bolsa, corredores públicos), en nada guardan semejanza con éste en cuanto a su relación con el Estado. El funcionario público que no es del Estado o de algún otro ente público, sencillamente no es tal funcionario en nuestro derecho.

También sostiene el mismo Martínez Segovia que "El documento, la fe y la función notariales serían públicos sólo porque tienen publicidad y notoriedad, no porque sean documentos, fe o funciones del Estado".⁴⁴ Con esto llega a su conclusión antes indicada de que "la función notarial es una función privada calificada con efectos de publicidad y valor frente a terceros";⁴⁵ conclusión ésta en la que titubea más adelante el autor, acabando por claudicar de ella francamente, al decir que "La función notarial ocupa un lugar centrista, equidistante de las funciones públicas y de las privadas";⁴⁶ lo que ya es bien diferente.

Por su parte Luis Carral, siguiendo las anteriores ideas, expone:

Lo público, en cambio, tiene varias acepciones gramaticales: 1º Notorio, patente, manifiesto, sabido por todos (publicidad); 2º Aplicable a la potestad o jurisdicción y autoridad para hacer una cosa (como contrapuesto a privado); 3º Perteneciente a todo el pueblo; 4º Común del pueblo o ciudad. De la primera expresión deriva "Derecho Público", con carácter de publicidad, notoriedad, que se logra por los órganos del Estado o por otros órganos que la ley crea. En este sentido debe aceptarse el vocablo "Notario Público", o el de "Función Pública Notarial": en el sentido de publicidad (de actos). De las otras acepciones deriva el vocablo "Derecho Público", pero en el sentido de atribuido a las funciones del Estado y obligando a éste. Así, serían públicos, no porque sean del Estado, sino porque tiene publicidad, notoriedad, el documento notarial, la fe notarial, la función notarial.⁴⁷

No nos parece aceptable esta opinión, pues el calificativo público, aplicado al notario o a su función, sí se deben, por lo menos en el derecho actual, a su vinculación con el Estado, no a pretendidos efectos de publicidad ("sabido por todos", como dice Carral) cuyo alcance ni siquiera se determina en esta parte de la obra que comentamos.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 174.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 104.

Además, tal acepción del calificativo “público” en relación con el notario y sus actuaciones, resulta un tanto peligrosa por las erróneas interpretaciones a que se ha prestado, sobre todo acerca del tema que aquí estudiamos, el secreto profesional, como tendremos ocasión de mostrarlo más adelante, al examinar el criterio que alguna vez sustentó en este punto nuestra Suprema Corte de Justicia.

Podemos, en conclusión, hacer una primera crítica a estas opiniones antifuncionaristas que comentamos (Martínez Segovia, Carral). Transfieren ellas indebidamente el problema del notario —determinar si es o no funcionario público— a la función notarial, haciendo aplicación a esta última de los principios que sólo corresponden al primero. En efecto, sostener que el notario no es funcionario público, funcionario del Estado, no lleva de ningún modo a concluir que la función notarial no sea función pública estatal. Villalba Welsh, otro antifuncionarista que antes hemos citado, no cae en esta confusión en que incurre Martínez Segovia y distingue, por lo menos implícitamente, los principios subjetivos que conciernen al notario de los objetivos que corresponden a la función.

La segunda crítica que formulamos a las ideas expuestas es su total inadecuación a nuestro derecho, como analizamos en forma comparada. Pero en este punto nuestra objeción va más lejos. Las opiniones de Carral y Martínez Segovia sólo pueden tener, en el mejor de los casos, un valor de *lege ferenda*. No se fundan por completo en el derecho positivo existente, sino que se dirigen a construirlo o a modificarlo de acuerdo con sus principios. Su labor no es exegética e interpretativa de la ley, para darnos a conocer su alcance y su sentido, sino que pretende enjuiciarla conforme a determinados conceptos valorativos prejurídicos. Claro que esta actitud es muy lícita, pero ya no corresponde, en verdad, a la ciencia del derecho; a lo más podría considerarse como el intento para hacer una filosofía del derecho notarial. En suma, las opiniones que comentamos no expresan lo que son el notario y la función notarial en la realidad legislativa, sino lo que deberían ser a juicio de sus autores o lo que desearían ellos que fueran.

Y buena prueba de esto son diversos párrafos de los autores comentados: Carral se queja de que

personas poco informadas —que son prácticamente todas, pues sólo los notarios se han preocupado por delimitar y caracterizar su función—, no sabiendo distinguir entre un funcionario “*sui generis*” y un “funcionario del Estado”, al dictar las leyes o bien al pretender aplicarlas, creen que existe una jerarquía administrativa o una sujeción que no se da en el caso del notario y que por

lo mismo convierten en ilegales esos ucases que esporádicamente reciben los miembros del cuerpo notarial.⁴⁸

El mismo autor citado, Luis Carral, sostiene también que la “superintendencia disciplinaria que existe en el notariado, debe pasar del Estado al colegio notarial”.⁴⁹ Por su parte Martínez Segovia aconseja esta última medida para la designación del notario, diciendo que “ella debe desplazarse hacia los cuerpos notariales o Colegios, según la aspiración formulada por el Primer Congreso de la Unión”.⁵⁰ En suma, según reconocen estos autores, las leyes que rigen al notariado no corresponden a sus ideas. Se necesitaría, por lo tanto, una amplia reestructuración legal para que esas ideas fueran verdaderas de acuerdo con el derecho vigente, pues actualmente no lo son.

Y existe un significativo párrafo de Martínez Segovia que tiene todo el valor de un reconocimiento en este tema. Refiriéndose a la opinión de su colega Ignacio M. Allende, en el sentido de que “No puede darse un concepto universal, cada pueblo organiza la tarea notarial como mejor le cuadra”, contesta Martínez Segovia diciendo:

Este argumento es válido en el campo de los preceptos, pero en el de los conceptos puede darse un criterio universal. Esa universalidad debe comprenderse como abarcando un campo teórico. Aquí estoy procurando hallar los caracteres para todo el notariado latino. Habrá circunstancias particulares de algún país que le impidan adaptarlo a ese concepto universal, pero el concepto existirá igual para la Ciencia.⁵¹

Como puede verse, lo que elabora esta corriente doctrinaria es un concepto teórico del notario y de su función, con pretensiones de universalidad. En el mismo párrafo que acabamos de citar lo confiesa el autor. No se exhibe por tanto un notario y una función reales, sino ideales. No se expresa lo que existe en las leyes vigentes sino lo que debe existir en las futuras.

VI. Podría preguntarse si nuestras anteriores opiniones; que discrepan de las de dos distinguidos antifuncionaristas, deben conducirnos inevitablemente a aceptar la tesis opuesta, sosteniendo que el notario es funcionario público y, por lo mismo, funcionario del Estado, como quieren González Palomino y José María Mustápic, cuyas ideas dimos antes a conocer, y otros más que se deciden por la opinión funcionarista. A ella estuvimos inclinados hace algún tiempo y así lo expresamos en anterior

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 95.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 109.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 167.

⁵¹ *Ibid.*, p. 155.

trabajo publicado. Pero, posteriormente, hemos pensado en la exageración que dicha tesis entraña y en lo forzado y artificial que resulta hacer entrar al notario dentro de la categoría de funcionarios del Estado, sin tomar en cuenta algunas de las notas que presenta el mismo y que resultan incompatibles con esa asimilación.

Ya nos referimos antes a la opinión de Villalba Welsh, quien estima que el notario difiere esencialmente de los funcionarios públicos porque los actos de éstos son imputados al Estado y los del notario no. Este argumento de la imputación, que en el fondo es el de la representación del Estado por el funcionario indebidamente ha sido confundido y asimilado por algunos autores al de la responsabilidad del Estado por los actos del funcionario, que es completamente diverso y al que ya nos referimos cuando comentamos las opiniones de Martínez Segovia.

El argumento de la representación del Estado por el funcionario o de la imputación a aquél de los actos de éste, que esgrime Villalba Welsh, no nos parece concluyente para diferenciar al notario, por varias razones. La primera es que se necesitaría determinar el concepto de representación que esta tesis presupone.

Indudablemente no es la representación en el sentido clásico del término. No es la realización de actos jurídicos en nombre y por cuenta de otro, para que produzcan sus efectos en éste. El funcionario en ejercicio no necesariamente obra en esta forma respecto del Estado. Lo esencial de su actuación es "la relación externa que atribuye al funcionario cierto carácter representativo" al decir de Villegas Basavilbaso.⁵² El funcionario exterioriza la voluntad del Estado, hacia los particulares o sea fuera del ámbito interno de la administración pública. Y con ello se diferencia del empleado cuya actividad queda agotada en el interior de ésta. Pero tomando la representación en este sentido, no sirve ella para excluir de los funcionarios públicos al notario, pues también él exterioriza en cierto modo la voluntad del Estado al autenticar o al crear formas legales, realizando así fines de éste.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que ni siquiera ha habido, unanimidad en la doctrina para determinar el concepto de funcionario público, pues en tanto que algunos autores lo fundan en este carácter representativo (Fraga, Villegas Basavilbaso), otros lo caracterizan por su participación en la actividad pública de una manera permanente y normal (Duguit) y otros más, por la libre y voluntaria aceptación del cargo por parte del funcionario, unida a una relación de poder por parte del Estado, que implica el correspondiente deber de obediencia y fidelidad en el servicio (Laband). En tales condiciones, resulta insuficiente

⁵² *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. III, cap. I, título VII, núm. 269, p. 281.

e inseguro diferenciar al notario de los funcionarios públicos por la sola falta de representación o, de otro modo, por la no imputación de sus actos al Estado, como quiere Villalba Welsh.

Otro autor que utiliza con poca fortuna el concepto de representación, ligándolo a la fe pública de los funcionarios, es Fernando Tavares de Carvalho, quien se expresa en estos términos:

En realidad, la fe pública es un atributo inherente a la persona del notario (refiérome evidentemente al notario de tipo latino) y, como tal, tiene el Estado que otorgársela, precisamente porque, no siendo el notariado, como no lo es, un servicio público, no puede el notario clasificarse de funcionario público. Adviértase que, si los notarios fuesen funcionarios del Estado, no necesitarían que éste les otorgase fe pública, porque la tendrían implícitamente, en virtud de su cualidad de representantes del Estado. La atribución de fe pública al notario es, por consiguiente, prueba de que el notario no es funcionario público, pues si lo fuese, no necesitaría que éste les otorgase fe pública, porque la tendrían implícitamente, en virtud de su cualidad de representantes del Estado. La atribución de fe pública al notario es, por consiguiente, prueba de que el notario no es funcionario público, pues si lo fuese, no necesitaría de ella para cosa alguna. En último análisis, ni siquiera será lícito razonar de otra manera: Si el notariado fuese un servicio público, y si los notarios fuesen funcionarios públicos, ello equivaldría a aseverar que el notario ejerce una función del Estado, y no será por cierto admisible afirmar que el hacer escrituras y testamentos sea una función que al Estado corresponda ejercer.⁵³

No es exacto que los funcionarios del Estado tengan fe pública implícitamente por el hecho de ser representantes de él. Ante todo, es de observarse que ni siquiera todos los funcionarios tienen fe pública y cuando la tienen no va ella necesariamente vinculada a esa supuesta representación del Estado. Así ocurre, por ejemplo, en los organismos jurisdiccionales en donde el magistrado o el juez son quienes externan la voluntad del Estado, quienes "dicen el derecho", sin tener fe pública. En tanto que el secretario de acuerdos o el actuario son los que, sin expresar la voluntad del Estado, ya que no resuelven, "no dicen el derecho", tienen esa fe para autenticar los documentos emanados del tribunal.

Es significativo que un decidido antifuncionarista como Tavares de Carvalho reconozca inevitablemente que el Estado es quien otorga la fe pública. Por otra parte, resulta del todo infundado el razonamiento que hace al decir que la atribución de esa fe al notario prueba que "no es funcionario público, pues si lo fuese no necesitaría de ella". No toma en cuenta que en los funcionarios del Estado, la fe pública —cuando la tienen— es sólo accesoria de la función específica que realizan. Se da como un complemento de ésta, para poder autenticar los documentos expedidos en ejercicio de esa función; en tanto que en los notarios, la prestación de

⁵³ "Elogio de la Fe Pública Notarial" en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, noviembre de 1947, núm. 556, p. 949.

la fe pública es su función principal. La autenticación no es en ellos complementaria de otra función y al servicio de ésta. Por eso es que el Estado la confiere de manera expresa a ellos y no así a los funcionarios, a los que se las da implícita en la función que ejercen y limitada a ella exclusivamente.

Pero de todo esto no se infiere que el notario no sea funcionario público. Y si efectivamente no lo es, se debe ello a otras razones, no a las expresadas. La función notarial sí es una función pública, una función estatal que tiene por objeto satisfacer ciertas necesidades colectivas de certeza, seguridad, prueba plena, ejecutividad procesal, permanencia documental, etcétera, cuyo fin es la protección de algunos derechos subjetivos que otras funciones públicas no alcanzan generalmente a proteger por estar ellos fuera del ámbito de su ejercicio.

Esa protección sólo puede impartirla el Estado a los particulares. No pueden impartírsela éstos a sí mismos mediante el ejercicio de una función privada. Por eso es que sólo el Estado puede conferir esa facultad de dar fe y también la de dar forma exigida por la ley a determinados actos, cuanto tal forma debe ser de carácter público, es decir, con intervención del poder público; no necesariamente con efectos de publicidad para conocimiento de todos. Por eso yerra Tavares de Carvalho al confundir conceptos, diciendo que el notariado "no es un servicio público" y que no es "admisibile afirmar que el hacer escrituras y testamentos sea una función que al Estado corresponda "ejercer". Ciertamente el notariado —esto es, el conjunto de notarios de un país— no es un servicio público, pero sí lo es el ejercicio de la función notarial que satisface necesidades de la colectividad y no sólo del individuo. Al Estado no compete hacer escrituras y testamentos —en el sentido de redactarlos— pero sí le compete intervenir para que tengan autenticidad los documentos en que constan en forma pública los actos, para seguridad de los derechos que de ellos dimanen. La seguridad jurídica y la prevención de litigios —paz social— tienen un valor para la sociedad y no sólo para el individuo, que al Estado toca proteger como guardián del bien común.

Por eso es que la función notarial es una función pública que sólo puede ser ejercida por aquellos a quienes el Estado confiere su ejercicio (esto último lo reconoce Tavares). Pero el hecho de conferir este ejercicio a una persona no la convierte necesariamente en funcionario público, en funcionario del Estado. A la inversa de lo que se dice para el mundo orgánico —exacta o inexactamente— por algunos biólogos, en el sentido de que la función hace al órgano, aquí no resulta verdadero ese aforismo. Se puede ejercer una función pública sin volverse por ello funcionario público. Y en tal virtud nos parece que la solución más acertada al problema del notario es la que ha señalado la corriente italiana, seguida

y representada por un catedrático de la Universidad de Bolonia, el eminente jurista Renato Alessi.

Según este autor, se trata en el caso de la función notarial, de una función pública estatal —exactamente lo contrario de lo que sostiene Martínez Segovia— desempeñada profesionalmente por sujetos privados, que no son funcionarios, de quienes el Estado se sirve para tal efecto. Estas ideas las expone Alessi como sigue:

Hemos señalado ya el hecho de que a menudo el Estado se sirve también de los sujetos privados para el desarrollo de la función administrativa y afirmábamos que tales sujetos asumen la posición de sujetos auxiliares de la Administración pública, pero sin llegar a identificarse subjetivamente con la misma. Aunque todos ellos entran dentro de la categoría general de particulares que ejercen funciones o servicios públicos, pueden clasificarse en los siguientes grupos:

a) En primer lugar los profesiones encargados de una función pública. Típico ejemplo son los notarios. . .⁵⁴

De esta compleja situación en que la función es pública, pero la persona que la ejerce no es funcionario, sino un profesionista particular que actúa como tal al desempeñarla, surge una institución híbrida que es el notariado, la cual presenta —en forma paradójica— a la vez que caracteres netamente públicos, estatales, caracteres privados, profesionales. De allí la discusión entablada entre funcionaristas y antifuncionaristas. Los primeros hacen valer como argumentos aquellos caracteres, en tanto que los segundos esgrimen estos últimos. Alessi expone estas notas de la función notarial y su ejercicio en los siguientes términos:

Estos particulares auxiliares de la Administración pública presentan un fenómeno de unión a un mismo tiempo de elementos públicos, los inherentes a la función pública desarrollada, y de elementos privados inherentes a su naturaleza sustancial de sujetos privados. En los dos primeros casos, además, se da el fenómeno de un ensamblamiento del interés privado con el interés público, ya que se trata de sujetos cuya acción está impulsada esencialmente por el interés propio, pero siendo al propio tiempo la acción individual apta para satisfacer, además del interés del sujeto privado, un interés público. También aquí, por lo tanto, tenemos un fenómeno de contemporización del interés público con la finalidad de lucro del sujeto que está llamado a satisfacer el primero. . .

Mezclada de elementos públicos y privados se presenta, por tanto, la posición jurídica de estos sujetos privados auxiliares de la Administración, elementos públicos o privados, según que nos fijemos en la función desarrollada o en la cualidad subjetiva del ente privado.⁵⁵

⁵⁴ *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, España, Ed. Bosch, 1970, t. 1, título 1, cap. 1, núm. 36, p. 68.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 69.

Así, entre las notas de carácter público que presenta el notariado, menciona Alessi las siguientes, que en su mayor parte son aplicables a nuestro derecho: *a*) la obligación de desarrollar efectivamente la función salvo el derecho de renunciar la posición jurídica (y salvo los casos de excepción en que esa obligación cesa, añadimos nosotros); *b*) la sujeción a controles administrativos por parte de la autoridad; *c*) la sujeción a responsabilidad disciplinaria; *d*) la sujeción a instrucciones dadas por la administración respecto a la organización y desarrollo del servicio (esta nota debe quedar limitada, pensamos nosotros, a la potestad reglamentaria y a la facultad de interpretar la ley en casos dudosos, que tiene la autoridad administrativa, pues, de no ser así, quitaría al notariado su carácter profesional independiente y convertiría al notario en un funcionario de la administración como cualquier otro); *e*) ejecutoriedad del acto que es “objetivamente administrativo” por naturaleza (más bien que ejecutoriedad del acto debía expresarse ejecutividad del documento, en materia procesal, en los casos en que la ley la establece); *f*) tutela penal idéntica a la que tienen los órganos de la administración (de esto nos ocuparemos adelante); *g*) naturaleza pública de la relación entre el particular que ejerce la función y el usuario de ésta (dicha relación creemos que es mixta —pública y privada— por la nota que señala después Alessi) y *h*) limitación en orden a las tarifas de la función (esto es, retribución del usuario cliente al notario, regulada por el Estado mediante arancel, con carácter obligatorio y no libre; consecuencia de la nota anterior).

Por lo que toca a las notas de carácter privado señaladas por Alessi, también existen en nuestras leyes en su mayor parte. Las enumera así: *a*) los actos del encargado del servicio no son “subjetivamente administrativos” y no admiten, salvo disposición de la ley, los remedios contra actos de la administración (recursos ante autoridades administrativas); *b*) la actividad del particular encargado es desarrollada en nombre propio (este es, el tema de la representación, que ya tratamos), *c*) no implica responsabilidad para la administración, como consecuencia, sino sólo “responsabilidad personal privada” para el encargado (también ya tratamos de esta nota); *d*) naturaleza privada de la relación entre el encargado —o sea el notario— y sus empleados (que no son empleados públicos); *e*) los notarios no tienen oficina puesta a su disposición por el Estado, sino despacho abierto a sus expensas; *f*) contra sus clientes tienen un derecho privado de crédito profesional idéntico al de otros profesionales (así lo reconocía en su fracción V el derogado artículo 430 de nuestro Código de Procedimientos Civiles) y *g*) hay competencia, aunque limitada, entre los notarios, basada en la confianza de los clientes (libertad de elección para éstos).

Con esta distinción entre la función ejercida, que es pública, y el sujeto

que la ejerce, que es particular, se explican los caracteres que presenta el notariado, al que dan una fisonomía tan especial y también se explican los interminables y siempre insolubles debates entablados acerca de su naturaleza funcional o profesional. Por eso concluye Alessi:

A pesar de viejas y superadas discusiones, hoy se reconoce que el notario no es un empleado público, sino un particular encargado del ejercicio de funciones públicas.

Y más adelante añade:

Todas estas disposiciones demuestran la tesis según la cual el notario, aún siendo un sujeto privado, se presenta como encargado de una función pública.⁵⁶

Que el notario no es funcionario público lo deduce el jurista italiano de su incompatibilidad esencial con el concepto presentado por él, en los siguientes términos, del funcionario público:

Hemos tenido ya ocasión de mencionar el contenido de la figura del funcionario público, contenido que viene dado por la adscripción o un oficio de la Administración, es decir, que desarrolla una función en sentido estricto. Tal contenido se desdobra en dos elementos: el encuadramiento en la organización de la Administración pública en virtud precisamente de la adscripción al oficio, y la naturaleza de auténticas funciones que representan las actividades atribuidas a la persona física y derivadas de dicho oficio.

Ahora bien, para que una persona pueda ser calificada como funcionario público es necesaria y suficiente la concurrencia de ambos elementos. Es, ante todo, condición necesaria, porque deben concurrir ambos elementos: encuadramiento en la organización administrativa (Administración pública en sentido subjetivo) y atribución de una auténtica función. . . Si falta el primer elemento. . . al no estar encuadrado en la organización de la Administración pública; es un simple particular encargado de una función pública.⁵⁷

Esta doctrina nos ha parecido mucho más congruente que las anteriores para explicar la naturaleza del notario y, en términos generales, mucho más de acuerdo con la legislación vigente que rige al mismo. Pero Alessi añade otros párrafos precisando más las notas antes expuestas, que caracterizan al notario, para los cuales no resulta ya tan franca nuestra aceptación, porque se alejan bastante del derecho positivo mexicano y le resultan, por consiguiente, inaplicables. Dice así este autor:

En las relaciones con el público destinatario de la función, el elemento común

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 162-163.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 93-94.

es la posición pública y, por lo tanto, preponderante en la que se encuentra el sujeto investido de la función pública, tanto desde el punto de vista subjetivo (es decir, con relación a la figura subjetiva del encargado) como desde un punto de vista objetivo (con relación a su actividad y a los actos ejecutados por el mismo).

a) Desde un punto de vista subjetivo nos encontramos, en ambas hipótesis, que el particular en el ejercicio de la función pública reviste la figura del oficial público, con todas las consecuencias positivas (mayor tutela penal) y negativas (mayor responsabilidad penal). . .

b) Desde un punto de vista objetivo, nos encontramos en ambas hipótesis que los actos ejecutados por el particular en el ejercicio de la función pública se presentan como actos públicos o, en cualquier caso objetivamente, como actos de autoridad, con las consecuencias inherentes: no sólo especial eficacia probatoria (actos públicos capaces de hacer prueba hasta mediando querrela por falsedad en el caso de los actos notariales. . .), sino también, en su caso, verdadera y propia eficacia ejecutiva (. . .eficacia de títulos ejecutivos de los documentos notariales. . .).⁵⁸

Nada tenemos que objetar a lo dicho, en cuanto se refiere a la función en sí misma que, como hemos visto, es una función pública y, por lo tanto, tiene la preponderancia de tal, salvo la calificación de los actos notariales, hecha por Alessi en el sentido de que se presentan como actos de autoridad. Esto último no es admisible. Que aparezcan tales actos como de un funcionario público —sin que el notario lo sea y en esto radica su peculiaridad— es exacto, pero no lo es el que se presenten como actos de autoridad, concepto éste bien distinto al de funcionario. Ni la doctrina atribuye al notario carácter de autoridad, aun entre los funcionaristas, ni nuestro derecho positivo se lo reconoce. De allí que el juicio de amparo nunca haya sido considerado procedente contra actos notariales.

Fraga sostiene que es órgano de autoridad el que tiene “facultad de realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones” lo cual implica que dicho órgano “está investido de facultades de decisión y de ejecución”. El mismo autor sostiene que nuestra Suprema Corte de Justicia “ha ampliado el concepto de autoridades, considerando que dentro de él se hallan comprendidos no sólo aquellos que tienen el carácter de órganos del Estado y se encuentran facultados para decidir o ejecutar sus resoluciones, sino que, como se expresa en una de sus sentencias el término ‘autoridades’ para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de ser pública

⁵⁸ *Ibid.*, p. 161.

la fuerza de que disponen. (*Sem. Jud. de la Fed.* t. IV, p. 1067, t. XLV, p. 5033)”.⁵⁹

El mismo alto Tribunal ha insistido en la definición del concepto de autoridad al expresar en otras ejecutorias:

En derecho público, se entiende por autoridad, a un órgano del Estado investido legalmente de la facultad de decisión y del poder de mando necesario para imponer a los particulares sus propias determinaciones, o las que emanen de algún otro órgano del mismo Estado, . . .⁶⁰

Y finalmente, precisando más la distinción entre función pública y acto de autoridad, ha dicho:

Por autoridad debe entenderse a toda persona que dispone de la fuerza pública, en virtud ya de circunstancias legales o simplemente de hecho, pues la característica de los actos de autoridad radica no simplemente en que el autor de éstos desempeñe una función pública, sino en que dichos actos llevan el imperio inherente a la facultad de ordenar, es decir de imponer una voluntad a los demás.⁶¹

De estas tesis, sostenidas por la Suprema Corte de Justicia puede concluirse fácilmente que en ningún caso llegan a constituir actos de autoridad los que realiza el notario en ejercicio de su función, aun cuando ella sea función pública.

Pero, volviendo a la opinión de Alessi que estamos comentando, diremos que nos parece menos aceptable en su primera parte, o sea en cuanto atribuye una posición pública preponderante al notario, ya no en lo tocante a la función que ejerce, sino en su persona misma, posición que este autor ve manifestada: a) positivamente, en una mayor tutela penal y b) negativamente, en una mayor responsabilidad penal.

Es preciso no confundir la justificada preponderancia que el notario, sobre todo el notario moderno, contemporáneo, ha adquirido en los países latinos por su especialización jurídica y competencia profesional, unidas y su ya tradicional probidad, que lo acreditan y elevan socialmente, con una supuesta preponderancia oficial que lo asimilaría francamente a los funcionarios públicos. Menos aun puede admitirse que esta última se manifieste en nuestro derecho por las relaciones que el notario

⁵⁹ *Derecho administrativo*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., 2ª ed., 1939, libro IV, tít. I, cap. I, p. 198.

⁶⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLV, 13 de septiembre de 1935, Campos Otero Julia, p. 5033.

⁶¹ *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIII, 3 de septiembre de 1951, Saracho Pedro, p. 133.

guarde con la ley penal, como quiere Alessi, ya sea considerándolo como objeto de una protección especial por parte de ella o ya sea como sujeto de una responsabilidad agravada.

De lo primero tenemos aparentes y escasas manifestaciones en nuestras leyes. Apenas el artículo 85 de la Ley del Notariado, al tratar de las actas, dispone en su último párrafo que "Cuando se oponga resistencia, se use o se puede usar violencia contra los notarios, la policía les prestará auxilio para llevar a cabo las diligencias que aquéllos deban practicar conforme a la Ley". Por su parte el artículo 397 del Código Penal, que tipifica los casos de daño en propiedad ajena, dispone:

Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de:

...III. Archivos públicos o notariales:...

Pero si bien se observa, ninguno de estos preceptos implica mayor tutela penal para el notario. En el primero de ellos se trata más bien de protección policiaca, por el carácter preventivo y no represivo de la disposición. En el segundo, la protección no tiene por objeto al notario en su persona sino a los bienes. En ambos casos se pretende tutelar más a la función que al encargado de ejercerla. Por consiguiente, ninguna de las dos disposiciones citadas revela que exista situación jurídicamente preponderante en el notario.

En cuanto a la responsabilidad penal, tampoco resulta más agravada para éste. Los delitos que el notario puede cometer en el ejercicio de sus funciones no tienen señalada una penalidad mayor. Ejemplos de ello son algunos casos de falsificación de documentos (artículos 244, fracciones VI, VII y VIII y 246 fracción II del Código Penal) y también la revelación de secretos que aquí estudiamos, cuya escala penal no es mayor para el notario que para otros profesionales (artículos 210 y 211 del Código Penal en relación con el artículo 31 de la Ley del Notariado). Por lo que toca al caso de falsificación de documentos, sellos o marcas fiscales que prevén los artículos 976 y 977 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, aunque aparentemente agravan la pena al notario imponiéndole inhabilitación para el cargo, además de la prisión, no lo hacen realmente, pues esa inhabilitación se produce de modo inevitable siempre que se impone esta segunda pena, por la falta de probidad que ella presupone en el notario, sin que constituya una agravación especial del castigo para éste.

VII. La condición del notario como particular encargado de ejercer una función pública estatal, sin adquirir por ello el carácter de funcio-

nario público, conforme a la doctrina de Alessi a que nos adherimos, podría ofrecer alguna semejanza, remota y discutible, con la que guardan los árbitros, quienes sin ser funcionarios públicos sino simples particulares, ejercen una función sucedánea de la administración de justicia, aunque sólo sea en la etapa decisoria y no en la ejecutiva, de acuerdo con nuestras leyes. ¿Es función pública la que ejerce el árbitro, para que pueda equipararse su situación a la del notario? Algunos autores han estado por la afirmativa. Así, para D'Onofrio "el árbitro puede realizar funciones públicas, si la ley lo autoriza... los árbitros están investidos de jurisdicción".⁶²

En el mismo sentido va la opinión de Ugo Rocco, quien la expresa en estos términos:

Nada impide, en efecto, considerar al arbitraje como uno de los casos en que el Estado deja a los particulares la facultad de ejercitar una función pública o, en general, un servicio público, sin perder, no obstante, la calidad de simples particulares, esto es, sin asumir la calidad de verdaderos órganos del Estado (oficio), sino obteniendo la equiparación, más o menos completa, de la propia actividad privada a la de un funcionario público.

Nos hallamos, en este caso, en presencia de un fenómeno que muy a menudo se realiza en el campo del derecho, o sea el de la asunción por un particular de una función pública o de un servicio público.⁶³

Y más adelante:

El laudo arbitral es y subsiste como una sentencia, o sea, como un acto de declaración del derecho emitido por órganos privados que asumen la función jurisdiccional...⁶⁴

Sin embargo, no ha habido acuerdo unánime en la doctrina sobre esta opinión que atribuye carácter público a la función del árbitro. Así, entre otros juristas, el gran Francesco Carnelutti sostiene:

La composición de la litis obtenida mediante el arbitraje no tiene carácter público, aunque puede adquirirlo mediante el decreto de ejecutoriedad del laudo pronunciado por el pretor; por eso, el arbitraje se considera aquí como un subrogado procesal.⁶⁵

⁶² *Lecciones de derecho procesal civil. Parte general*, México, Editorial Ius, 1945, cap. II, núm. 18, p. 61.

⁶³ *Teoría general del proceso civil*, México, editorial Porrúa, S. A., 1959, sec. II, cap. II, núm. 3, p. 99.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 101.

⁶⁵ *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1959, Libro III, tit. I, p. 116.

En todo caso, y aun aceptando la opinión primera, que sostienen Paolo D'Onofrio y Ugo Rocco junto con otros autores, todavía son profundas las diferencias que genéricamente separan la situación del notario de la de los árbitros. Podrá aceptarse que tienen ambos en común el ejercicio de una función pública, estatal, sin ser por ello funcionarios públicos, pero su situación es muy diferente en ese ejercicio. El árbitro es designado con carácter temporal, para resolver uno o varios asuntos concretos; el notario, en cambio, queda encargado de la función en forma permanente y sin limitación ni especificación de casos para ejercerla. El primero es nombrado por acuerdo de las partes que se someten y sólo a falta de ese acuerdo, por el juez competente, pero suponiendo en todo caso la existencia de un compromiso previo de sometimiento (compromiso arbitral). El segundo, en cambio, queda encargado de la función por el Estado mediante lo que Alessi califica de "un acto formal de investidura que se concreta en un acto formal de nombramiento"⁶⁶ para cuya aceptación tiene que rendir protesta semejante a la de los funcionarios públicos de acuerdo con nuestra ley, lo que no ocurre al árbitro. El incumplimiento de éste al ejercicio de su función le origina sólo responsabilidad civil para con las partes pero no administrativa para con el Estado, como la que recae sobre el notario.

VIII. Revisemos, por último, cuáles han sido las opiniones de nuestras autoridades sobre la naturaleza jurídica del notario. Ya hemos visto, al comienzo de este capítulo, cómo algunos de nuestros legisladores sostuvieron una posición francamente funcionarista en los debates que entablaron al discutir la actual Ley de Profesiones para el Distrito Federal. También la Suprema Corte de Justicia se mostró funcionarista al expresar en una ejecutoria que:

...el amparo procede por violación de garantías individuales y no por la violación de todo derecho, ni menos de aquellos que se hace provenir del ejercicio y función de una investidura oficial, como es el notariado; por tanto, cuando los actos de las autoridades afecten al quejoso, en sus actos como funcionario, el amparo es improcedente.⁶⁷

En ejecutoria anterior, también se había mostrado funcionarista el mismo Tribunal, aunque empleando expresiones que, literalmente tomadas, podrían acercarlo a la posición de Alessi. Dice como sigue la parte que nos interesa de esa ejecutoria:

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 162.

⁶⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 4, 7ª época, 4ª parte, amparo directo 8743/67, Miguel Ángel Gómez Yáñez, p. 57.

El juicio de amparo 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; 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, y en cuanto a los mismos, procede dictarse desde luego sobreseimiento.⁶⁸

También se mostró funcionarista la Suprema Corte de Justicia en otra ocasión, al decir:

El Notario solamente puede intervenir en las sucesiones como funcionario público en los casos expresa y limitadamente señalados por la Ley Procesal Civil.⁶⁹

Más interesantes nos parecen las resoluciones dadas por la Procuraduría General de la República y por la entonces Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, como órganos encargados de interpretar las leyes, a consultas que les formuló el Consejo de Notarios del Distrito Federal para saber si eran aplicables a éstos las disposiciones de los artículos 110 y 4º transitorio de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados de fecha 30 de diciembre de 1939 (actualmente derogada por la de 31 de diciembre de 1979). Estos preceptos, que corresponden al artículo 92 de la ley vigente, imponían a los funcionarios y empleados públicos la obligación de manifestar los bienes raíces y depósitos bancarios que les pertenecieran al tomar posesión de sus cargos.

La respuesta que la Procuraduría General de la República dio mediante oficio de fecha 6 de marzo de 1953, dice en la parte que aquí nos interesa:

Esta Procuraduría, en dictamen de 14 de mayo de 1940 sustentó el criterio de que los Notarios Públicos del Distrito Federal no están obligados a hacer la manifestación indicada por el artículo 110 de la Ley de Responsabilidades Oficiales por no ser funcionarios públicos sujetos a esa Ley, porque su misión se reduce a autenticar actos que se rigen por su ley especial y por las leyes comunes, lo cual se comunicó oportunamente a ese Colegio de Notarios. Después del estudio de las adiciones y reformas de esa Ley de Responsabilidades, publicada en el Diario Oficial del 7 de enero de 1953 se llegó a la conclusión de que las mismas no entrañan ninguna modificación que justifique un cambio de criterio. . .

⁶⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, t. xx, 5ª época, sección, 1ª, amparo en revisión núm. 2435/27, López Guerrero Emilio, p. 2761.

⁶⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, vol. xvi, cuarta parte, amparo directo 441/57, Juan Moulin García Suc., p. 107.

En cuanto a la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, expresó en oficio de fecha 3 del mismo mes y año, al resolver la consulta,

que los Notarios Públicos no están obligados a presentar las manifestaciones mencionadas pues aún cuando los mismos Notarios son Funcionarios con fe pública, no deben considerarse como Funcionarios Públicos, toda vez que no tienen el carácter de empleados del Estado, ni rinden la protesta constitucional, ni perciben sueldo del Erario, sino que devengan honorarios que pagan los particulares, en su calidad de clientes. Por otra parte, debe estimarse que los Notarios Públicos no quedan comprendidos entre los Funcionarios y empleados a que se refiere la Ley de Responsabilidades antes citada y los hechos delictuosos que pudieran cometer en el ejercicio de su encargo, no pueden ser considerados como delitos oficiales, dados los términos de las diversas fracciones del artículo 18 de la Ley precitada.

La negativa de ambas resoluciones para incluir al notario entre los funcionarios públicos es acertada, por más que en la segunda de ellas se incurra en el error de distinguir entre funcionarios públicos y funcionarios con fe pública, lo que carece de todo fundamento legal y doctrinario. Habría sido exacto considerar a esta última como función pública, pero negando que sea funcionario el que la ejerce, toda vez que ha sido encomendada a un particular, el notario, para que la ejerza profesionalmente. Tanto más cuanto que se reconoce en la propia resolución —y ello demuestra que no está mal orientada— que el notario no es retribuido por el Estado, sino remunerado por sus clientes de los servicios que presta. Es muy criticable, en cambio, el que esta segunda resolución diga que los notarios no rinden protesta constitucional como los funcionarios; aseveración inexacta y contraria al texto del artículo 25, de la vigente Ley del Notariado, correspondiente al artículo 129 de la Ley que regía cuando se dictó la resolución.

IX. Tomando en cuenta esta peculiar situación que guarda el notario, quien siendo un profesional del derecho, esto es, abogado, ejerce como tal una función pública, una función del Estado, procede examinar en qué forma y con qué modalidades existe para él la obligación del secreto profesional.

La Ley del Notariado vigente dispone en su artículo 32:

“Los notarios, en el ejercicio de su profesión, deben guardar reserva sobre lo pasado ante ellos y están sujetos a las disposiciones de Código Penal sobre secreto profesional, salvo los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas y de los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que 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.”

El precepto se refiere tan solo a la reserva que incumbe a los notarios por el ejercicio de las funciones públicas, empleando la expresión de “lo pasado ante ellos”. Esto significa lo que se ha hecho constar en instrumentos públicos; sin mencionar lo conocido en confidencia de los clientes, como lo establecía la Ley anterior en su artículo 12 (correspondiente al 31 de la ley actual, que se acaba de transcribir). Tales confidencias caen dentro del secreto profesional que corresponde a los notarios como abogados, a diferencia de los actos ingresados al protocolo que dan lugar al secreto típicamente notarial. Además, la mención que hace el precepto antes transcrito, de “los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas” y más aún la que hace de “los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad”, esbozan, apenas débilmente, un principio para caracterizar el secreto del notario.

Las dos menciones señalan otras tantas limitaciones al deber de reserva, sólo que con significado y alcance muy diferentes, pues en tanto que la primera de ellas atañe al concepto de “justa causa” para revelar, particularmente al de justificación por el cumplimiento de un deber legal, que ya examinamos ampliamente en el capítulo sexto, al estudiar los límites del secreto profesional, la segunda mención, en cambio, alude a la publicidad a que muchos de los actos notariales se encuentran ulteriormente destinados, lo cual da al secreto del notario en tales casos un carácter netamente temporal y transitorio, por lo que más que una limitación al deber de reserva, implica la cesación del mismo.

Al abordar este tema José María Mustápic, expresa en los siguientes párrafos:

Señala Sanahuja y Soler: La doctrina distingue entre hechos secretos por naturaleza o conocidos en el ejercicio de la profesión y ‘hechos de confidencia’. En razón del primer grupo, son secretos: el contenido de los actos notariados (las convenciones y hechos que los notarios comprueban); los hechos conexos con dichos actos, en relación íntima con ellos, de los que pueden ser causa, explicación o preparación, *verbi gratia*, las cartas y otros documentos análogos considerados como reservados, aunque en sí mismos carezcan de interés jurídico, siempre que hayan sido conocidos por el notario en razón de su profesión y los hechos de los cuales el notario tiene conocimiento como consejero de las partes. Así según Clement la situación del notario que aconseja a sus clientes, aun sin llegar a la redacción del instrumento, es asimilable a la del sacerdote que recibe las confidencias de sus fieles, aunque no sea a título de confesión.

El segundo grupo abarca, como dijimos, “los hechos objeto de confidencia”, o más exactamente quizá, los hechos que son secretos, debido a que con este carácter le han sido confiados al notario. El secreto profesional garantiza toda confidencia hecha a un notario, aun con ocasión de actos extraños a su

profesión, pero a condición de que el cliente se haya confiado a él "en razón de su cualidad de notario". Así la Cour de Toulouse (30 de marzo de 1898) admite que un notario puede invocar, para guardar silencio respecto a las cuestiones por las que se le pregunta, la consideración de que ha procedido a título confidencial. Los comentaradores de dicho país ven en esta resolución el pleno imperio de lo subjetivo en tanto se deduce de ello que para determinar si hay o no secreto profesional hace falta penetrar en el fuero íntimo de aquél a quien se confía.⁷⁰

Efectivamente, la doctrina y jurisprudencia francesa están entre las que han abordado este tema con mayor insistencia. Perraud-Charmantier nos da a conocer en los siguientes términos la posición de ambas, hasta la época en que él escribió su libro:

El notario tiene la obligación del secreto, pero ¿cuál será el objeto de esta obligación? ¿Qué actos de la práctica notarial comprende ella? Los actos auténticos son secretos; la jurisprudencia admite que los hechos confiados en vista o con ocasión de estos actos deben ser secretos, pero solamente en caso de petición expresa de parte del cliente. La doctrina notarial es casi unánime en sostener que el notario esté obligado al secreto en lo que toca a los hechos secretos por naturaleza, es decir a aquellos en que el secreto se reputa solicitado por el cliente, a pesar de que no haya habido de su parte ninguna petición formal; todos los hechos para los cuales la jurisprudencia exige la condición de la petición expresa del secreto deberían ser reputados secretos en razón de su naturaleza susceptible de exigir por sí misma la discreción, como son aquellos que el abogado o el procurador han sabido en el ejercicio de su profesión.⁷¹

En realidad vemos en las anteriores opiniones un planteamiento inexacto o, por lo menos, inadecuado a nuestra época y a nuestras leyes, de lo que el secreto profesional debe constituir para el notario. Al comienzo de este capítulo hemos expuesto las ideas de González Palomino y de Villalva Welsh, conforme a las cuales el "quehacer" del notario se reduce a la pura instrumentación, sin comprender su labor como jurista, pues estiman dichos autores que cuando realiza esta última no lo hace como notario estrictamente hablando. También dimos a conocer allí nuestra opinión en desacuerdo con la de estos dos autores. Pero, como quiera que sea, la verdad es que el notario ejerce en la práctica ambas actividades, la de jurista y la de formador de instrumentos públicos y que tanto la costumbre como las leyes, han puesto ambas a su cargo. Y es en esta distinción en donde deben buscarse la verdadera tipicidad y las modalidades que para el notario tiene en sus labores el secreto profesional.

⁷⁰ *Op. cit.*, t. I, cap. VIII, núm. II, p. 174.

⁷¹ *Le secret professionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926, 1ª parte, cap. IV, p. 140.

Puede ser que el notario actúe solamente como jurista, esto es, como abogado que conoce las leyes y las aplica, escuchando confidencias, prestando 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,