

EL NOTARIO ¿AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO?

Por Not. Fernando Antonio Cárdenas González¹

¹ Notario de la ciudad de Torreón, Coahuila, México.

Mucho se ha debatido si el notario es un funcionario público, existen teorías que afirman que no lo es, otras que dicen que sí, y se encuentran otras eclécticas que afirman que la actividad notarial es una función pública desempeñada por un profesionista liberal.

El Notario Jorge Ríos Helling² considera que el Notario, dentro de la Administración Pública, pertenece a una descentralización por colaboración.

El Notario Juan Vallet de Gaytisoló,³ quien fuera presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, respecto al tema dice: “la calificación de los notarios como *fonctionnaires publics* fue expresada en Francia en la Ley de Ventoso, pero, dada la inadecuación del calificativo, fue rectificado en la Ordenanza de 1945, que lo denominó *officiers publics*, pues los notarios, como ha dicho el ministro de Justicia Alain de Peyrefitte “combinan armoniosamente en su estatuto un aspecto liberal y un aspecto de autoridad pública”, y, conforme ha precisado el Primer Ministro Raymond Barr “porque participa de la gran tradición de las profesiones liberales, el notario desempeña también una función de libertad, por el papelpreciado de asesor, de árbitro y de conciliador que juega entre las partes”; por lo cual, y aunque sea “titular de una parcela del poder público”, “el estatuto del notariado excluye toda idea de *funcionarización*”.

Por eso mismo, en Italia, el notario es considerado como *pubblico ufficiale e libero professionista*, en cuanto desarrolla una función pública, sin actuar por el Estado en faceta pública.

² Jorge Ríos Helling, *La Práctica del Derecho Notarial*, 3ª ed., Editorial Mc Graw Hill, 1997.

³ n.a. Juan Vallet de Gaytisoló, protogista de la obra titulada *Derecho Notarial, de Bernardo Pérez Fernández del Castillo*, 10ª ed., Editorial Porrúa, México, 2000, pags. XXXI y XXXII.

La calificación impropia de funcionario público, ha quedado, tanto en España —donde la vieja Ley Orgánica de 1861, así lo denomina, mientras el Reglamento viene calificándolo a la par de funcionario público y profesional de Derecho— como en México, más desfasada debido al cambio de concepto de las expresiones *empleado público* y de *funcionario público*, un siglo atrás claramente diferenciadas.

Por nuestra parte, partimos que una de las cuestiones fundamentales sobre la naturaleza del notario, consiste en saber si se trata de un *funcionario público* o si no lo es, o simplemente se trata a una naturaleza distinta a estas dos.

Una cuestión que pasa siempre inadvertida por los propios notarios y más aún por los que no los son, es que el Notario siempre, y sin excepción, cuando actúa en estricto sentido como tal, da fe pública, y en ese sentido es el Estado el que está autenticando y dando fe pública a través del notario. Las leyes del notariado hacen referencia a que el notario tiene como función, entre otras, la de recibir la voluntad de los interesados, interpretarla, y hecho lo cual, aconsejar y asesorar a las partes para redactar el o los instrumentos necesarios para dar forma legal a la voluntad expresada, pero todas estas actividades, en un sentido amplio, en ningún momento nada tienen que ver con la función de dación de fe pública, pues esas actividades las pueden realizar cualquier profesionista del derecho y, en la mayoría de los casos, cualquier persona que posea la suficiente sensatez.

Cuando el notario asesora y aconseja a las partes y cuando redacta los instrumentos adecuados, actúa como un simple jurista y nada más, pero jamás como notario en su sentido estricto, pues para actuar como tal requiere de dar fe pública en los actos que ante él pasen.

En atención a lo anterior, el núcleo y el desempeño del notario es la *fe pública*, y si ésta no se da, entonces no estamos hablando de una función notarial propiamente dicha.

Vistas así las cosas, la *fe pública* es una función que estrictamente corresponde al Estado, que en Occidente está regulada en la mayoría de los casos, por el poder administrativo y por el aparato de la administración pública. Si el otorgamiento de la patente de notario le corresponde en forma exclusiva al Poder Ejecutivo, o si comparte esta facultad con el Poder Legislativo —como en algunos Estados— es una cuestión que en nada afecta al otorgamiento de la fe pública como un acto exclusivo de la autoridad jurídica.

¿Necesariamente tenemos que otorgarle al notario la calidad de funcionario público, o bien, negárselo? Por supuesto que no, pues en el derecho público o privado de los últimos diez o veinte años, según el país de que se trate, ya no es posible concebir la división de poderes del Estado en la clásica división de poderes de *Montesquieu*, en un Poder Ejecutivo, en un Poder Legislativo y en un Poder Judicial.

A partir de la aprobación de la constitución de Austria de 1928, redactada por Hans Kelsen nace para el mundo el primer tribunal constitucional, cuyo primer presidente fue precisamente el autor de dicha constitución. Los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España y Suecia, así como la Corte Constitucional de Italia, son poderosas instituciones que no están dentro del tradicional Poder Judicial ni mucho menos del Poder Ejecutivo.

En México, el Instituto Federal Electoral, y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, son Instituciones Constitucionales autónomas que no guardan ninguna dependencia de subordinación hacia ninguno de los tres poderes del Estado Mexicano, es decir, ya empezamos a ver en nuestro mismo país, instituciones muy sólidas y poderosas que no están ubicadas dentro de la clásica división de poderes de *Montesquieu*, división de poderes confirmada en la constitución norteamericana de 1787, aprobada en la ciudad de Filadelfia y cuya constitución inspiró a la mexicana de 1824 y de 1857.

Pues bien, con el notario —guardando las proporciones y la naturaleza de las cosas— se de una situación parecida, es decir, no es necesario ni sano, ni tampoco será acertado otorgarle o negarle al notario la calidad de funcionario público. Sabemos que los actos de autoridad en México y en todo el mundo Occidental tienen al mismo tiempo un contenido material y formal que pueden o no corresponder a la misma naturaleza del acto de autoridad; nos explicamos: La totalidad de las resoluciones y sentencias del Poder Judicial de la Federación o de los Estados, son actos formalmente jurisdiccionales porque emanan del Poder Judicial y son también actos materialmente jurisdiccionales porque cumplen con la función de juzgar. En cambio, los nombramientos y las destituciones, el manejo del presupuesto, etcétera, del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación o de los Estados, son actos formalmente judiciales porque emanan del Poder Judicial, pero el manejo del presupuesto, el nombramiento de un juez son actos materialmente administrativos. Cuando el Congreso de la Unión legisla, sus actos son formal y materialmente legislativos, pero cuando

el Senado de la República autoriza al Presidente para visitar un país extranjero, el acto es materialmente administrativo.

Ahora bien, el notario cuando desempeña su función notarial dando fe pública, está realizando formalmente un acto enteramente propio de una profesión liberal, y, en ese sentido, un acto en la esfera privada de su actividad profesional, pero esa función notarial materialmente es un acto propio de la Administración Pública, pues al Poder Administrativo le corresponde este tipo de actos y los delega o autoriza legalmente en el notario. Cuando el notario da la fe pública en un contrato de compra venta, formalmente es un acto del ejercicio libre de la profesión privada, y materialmente un acto propio de la función administrativa.

En conclusión: nuestra tesis consiste en que el notario, al actuar como tal, siempre y sin excepción, da y otorga fe pública y en ese sentido es un acto esencialmente propio de alguno de los treinta y un Estados de la República o del Distrito Federal. El notario siempre actúa formalmente como un particular, pues no tiene una dependencia jerárquica de mando propia del funcionario público. Recordemos que la completa Administración Pública de todo el mundo Occidental es un legado de Napoleón Bonaparte, quien estructuró el Poder Administrativo en una relación jerárquica de mando y subordinación, por esa razón, el notario no es ni puede ser un funcionario público, pues carece de varios atributos propios de este tipo de funcionarios como son:

- El notario no recibe remuneración del Estado por la prestación de sus servicios, sino que aquél los cobra a su cliente conforme al arancel autorizado.
- El notario no tiene un jefe superior a quien deba obedecer y de quien deba recibir órdenes.
- La función notarial no está tipificada en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, ni tampoco en la Ley de la Administración Pública del Distrito Federal.
- El Notario ejerce una profesión libre, prevista y regulada por la Ley Reglamentaria del artículo 5 constitucional (Ley de Profesiones).
- No tiene derechos propios de antigüedad de un funcionario al servicio de la administración, ni goza de la protección propia del artículo 123 Constitucional en materia laboral para los trabajadores del Estado, ni tampoco goza de las protecciones laborales que

podieran derivarse de los artículos 115 y 116 de nuestro máximo ordenamiento.

• Los principios rectores que rigen a la función notarial son: La autonomía, la imparcialidad, la rogación, la inmovilidad, la redacción, la calificación y la legalidad, entre otros, que constituyen una garantía para desempeñar la profesión de manera libre e independiente en beneficio de la certeza y la seguridad jurídica.

No obstante lo anterior, queda absolutamente claro que la totalidad de los actos notariales, para ser considerados como tales, tiene que estar investidos de la fe pública y todos estos actos son actos de protección del Estado, pues el notario, en nombre de él, actúa para los casos permitidos por la ley, y en ese sentido la totalidad de los actos notariales son materialmente administrativos. Estamos, pues, en presencia de una situación *sui generis* para el notario, que con estas características y atributos queda perfectamente enclavada en la contemporánea estructura constitucional de las autoridades en un ámbito determinado.

Con todo lo anterior podemos afirmar que el Notario es siempre una persona física que goza de un título reconocido en la disciplina social del derecho, y que el Estado, ya sea a través del Poder Ejecutivo o de éste y el Poder Legislativo —como sucede en algunos Estados—, le otorgan de acuerdo a la ley, la capacidad para otorgar y dar fe pública, ejercitando esa persona su función notarial dentro del ejercicio propio de las profesiones liberales, pero sujeto estrictamente a una reglamentación legal muy precisa, pues sus actos son, en última instancia, actos materialmente administrativos. El notario es un *libero* profesionalista actuando por el Estado en faceta pública.

Con esta tesis no significa que el notario deba ser considerado como una autoridad o un funcionario público, toda vez que no reúne las cualidades para ser considerado como tal, pues el caso del notario es *sui generis* dentro de la nueva estructura contemporánea del Estado, por lo tanto, no procede el juicio de amparo contra los actos del notario, pues éste carece del uso de la fuerza pública durante el desempeño normal de sus funciones.