

# **NATURALEZA JURÍDICA DEL NOTARIO COSTARRICENSE**

*Máster Gustavo Adolfo Infante Meléndez<sup>(\*)</sup>*

---

(\*) Profesor de la cátedra de Derecho Notarial y Registral y de obligaciones de la Universidad de Costa Rica.

## **SUMARIO:**

- a) Análisis socio-legal de la naturaleza de la función notarial
- b) Naturaleza jurídica de la función notarial
- c) Naturaleza del notario costarricense
- d) Justificación legal y consecuencias de la aplicación de la tesis de la “munera pubblica” al notario

Bibliografía

El presente trabajo investigativo intenta determinar, con fundamento doctrinal y jurídico, la verdadera naturaleza del notario costarricense. Esta es una interrogante bastante importante, porque no sólo se refiere a la definición conceptual que se realice al respecto, sino que, sobretodo, debe considerarse para analizar los efectos y alcances del ejercicio de la función notarial.

Por un lado se sostiene que el notario es un funcionario público, por lo tanto, su actividad presenta todas las características de tal; por otro, se afirma que el notario no lo es, por lo que la inaplicabilidad del régimen jurídico establecido para los funcionarios públicos, es su directa consecuencia.

Lastimosamente, estas afirmaciones se han realizado sin analizar la realidad del notario costarricense. Se ha comparado la labor de nuestro notario, llegando a conclusiones apresuradas por no tomar en cuenta la normativa costarricense en la materia. El principal objetivo de este trabajo es dilucidar si el notario es funcionario público o no, pero comparando detalladamente las características de uno y de otro, para así llegar a una conclusión razonada.

Previo a realizar el análisis antes descrito es necesario conocer más acerca de la función del notario. Sus efectos socio-legales y la naturaleza de la función notarial, para concluir con la naturaleza del notario costarricense, determinando el régimen jurídico aplicable al ejercicio de esta función, los alcances de la misma y su relación con el Estado.

## **A) ANÁLISIS SOCIO-LEGAL DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL**

Primero que todo, debe realizarse un análisis socio-legal de la naturaleza de la función notarial, para poder determinar la verdadera naturaleza del notario costarricense, es decir, cual es el régimen que se aplica a su ejercicio profesional.

La armonía social es una tarea de todos los días, el Derecho se presenta como un medio para la consecución de la misma, por ende, el notariado o mejor dicho, la función notarial, también la busca, al ser una especie del género Derecho.

Se afirma que en nuestro país, existe una nueva visión, moderna y más seria del notariado, por varios aspectos, pero los más importantes están dirigidos a la ética notarial y a las nuevas funciones y deberes del notario. Estas fueron establecidas a partir de la promulgación del nuevo Código Notarial, Ley N° 7764 del dos de abril de 1998, que vino a derogar la Ley Orgánica de Notariado, N° 39 del 5 de enero de 1943.

Con este nuevo cuerpo normativo se busca amparar de una manera más efectiva los bienes jurídicos que deben protegerse con la función notarial, como lo son la *fe pública*, la *seguridad jurídica* y el *orden público*, por medio de los cuales se logra agilizar el tráfico jurídico.

Esta nueva visión de la función notarial, puede resumirse en la innovación o reforzamiento de las funciones del notario. Estas son: las obligaciones éticas, el principio de imparcialidad, el deber de asesorar y el deber de adecuar la voluntad de los usuarios al Ordenamiento Jurídico.

En cuanto a la ética, la Directriz N° 004-01, del 13 de diciembre del 2001, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, nos indica las actuales líneas a seguir en este campo, de acuerdo a las nuevas exigencias del Derecho Notarial. Estas se pueden sintetizar en:

1. Tener conciencia de la naturaleza jurídica de la función pública ejercida privadamente.
2. Cumplir y observar rigurosamente las disposiciones legales notariales respecto al ejercicio de la función notarial.
3. Velar por brindar un servicio dentro de la más correcta formación y expresión legal de la voluntad en los actos jurídicos notariales que realicen.
4. Intervenir con conciencia de las implicaciones inherentes a los requisitos, condiciones y deberes del Notario en el ejercicio de la función, respecto de la normativa específica necesaria para el desempeño profesional
5. Actuar de manera imparcial y objetiva en relación con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia.

6. Vigilar porque sus actuaciones estén guiadas por los valores de integridad, coherencia, honestidad, honradez y transparencia.
7. Mantener constancia en la actualización de las nuevas doctrinas y cambios que afectan el ejercicio de la función notarial.

El contenido de estas normas nos demuestra que la actividad notarial se regula tomando en cuenta aspectos de la libertad del individuo, del carácter especial de la profesión, de la práctica profesional. Sin embargo, a la vez es especulativa porque pueden estar sujetas a un análisis de la moral individual de cada notario.

De acuerdo a las viejas funciones reforzadas y las nuevas funciones y deberes del notario, se debe entender al notario no como un simple profesional liberal, sino como un servidor y a las personas que ruegan su servicio como usuarios y no como clientes, ya que el notario ejerce una función pública.

El inciso a) y el inciso f) del artículo 34 del Código Notarial revolucionan la profesión notarial, pues ahora el notario no sólo elabora o cartula lo que a ruego le solicita el usuario, sino que debe asesorar al mismo, indicándole si lo que va a realizar es legal. Además debe explicarle si es la mejor figura que se puede utilizar para lo que realmente quiere.

Esta visión moderna del notario hace que dicho profesional deba prepararse adecuadamente para poder realizar esa doble función adecuadora-asesora, que como deber le establece el nuevo Código Notarial, en los puntos ya indicados.

Otro aspecto de la modernización de la profesión notarial, lo encontramos en el refuerzo, pues ya existía, de la imparcialidad de la actuación notarial, establecida en el artículo 35 del Código Notarial, debido al carácter de fedatario público que goza el notario. Se afirma que ya existía este deber, aunque era de manera indirecta, ya que la Ley Orgánica de Notariado, ya mencionada, en su artículo 16, sólo establecía impedimento de actuar en cuanto a los familiares del notario en relación a los testigos instrumentales.

Los Magistrados de la Sala Constitucional, han dejado claro que las funciones del abogado y del notario son distintas, ha establecido que los elementos esenciales de esa diferenciación son los siguientes:

“Del Notario debe exigirse, entonces, contrariamente a lo que sucede en caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actúe dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas”.<sup>(1)</sup>

Se pueden resumir en cuatro las fases de la actuación del notario, establecidas por nuestro Código de Notariado:

**Fase asesora o directiva:** En esta fase, el notario debe recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes. Se es consejero, asesor jurídico de quienes ruegan su servicio. Se debe instruir, con sus conocimientos legales, sobre las posibilidades legales, condiciones y consecuencias de la relación que quieren establecer. En esta etapa se recepciona la información brindada por las partes, al momento de rogar el servicio, inmediatamente se da el dictamen sobre lo solicitado, se indica los pasos que deben seguir los usuarios. Luego de esto, prosigue una etapa denominada “docencia” o “instrucción”, que se refiere a dar a conocer a las partes las distintas figuras y los efectos que pueden derivar de la decisión tomada por los usuarios, en estrecha relación con lo recomendado por el notario. Por último, si fuera necesario, el notario debe procurar la conciliación de los usuarios, sin que tengan que recurrir a las vías judiciales, así, el notario colabora con la paz social.

**Fase formativa y legitimadora:** En esta fase se legitiman los actos y negocios jurídicos, es decir, dota a la voluntad de las partes de la forma jurídica requerida para que surtan efectos. Se da la función calificadora, admisión, redacción o formulación, es decir, moldea el acto jurídico al realizar el instrumento.

**Fase autenticadora:** Comprende las dos anteriores, el notario infunde certeza, imparte la fe pública a todas aquellas actuaciones, hechos y actos jurídicos ocurridos en su presencia, o que le han sido sometidos para impartir fe de autenticidad.

**Fase ejecutiva:** El notario continúa su labor, la que finaliza con el hacer posible que los actos acordados por las partes y otorgados ante

---

(1) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.* Voto N° 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993.

él, surtan efectos en la sociedad, realiza, de ser necesario, cualquier diligencia que se tenga que cumplir, de acuerdo con nuestro Ordenamiento Jurídico, como las diferentes inscripciones registrales.

Esto nos lleva a la obligación de analizar la principal función del notario, en que se fundamentan las anteriores fases del ejercicio profesional del notario, ya desarrolladas, *el alcance y la importancia de la fe pública*, a nivel de nuestra sociedad.

Como se estableció anteriormente, si se analiza la fe pública, conceptualmente, se llega a la conclusión, que quien tiene *fe*, tiene certeza, seguridad o confianza de algo, hay una relación de verdad entre lo que se dice y el hecho ocurrido. Si a esta certeza se le confiere cierta oficialidad, estamos en presencia de la *fe pública*.

En ese sentido, se puede definir la fe pública, como:

“la presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”.<sup>(2)</sup>

Tal es el sentido de la definición anterior, donde no es simplemente que un particular confía o cree en otro particular, sino, que es toda la sociedad la que cree en algunos de los actos externos, signos y formas, a los que el Estado les atribuye un *valor jurídico*. Si no existiera lo anterior, sería más difícil mantener el orden social y la celeridad requerida de las transacciones comerciales y civiles.

Un valor fundamental, extraído de la concepción de fe pública es *la confianza*, ya que la sociedad confía plenamente en esos instrumentos utilizados por el Estado para que la convivencia sea posible, tal como las monedas, timbres, documentos públicos y privados, es esa *fe colectiva y pública*, y no solamente subjetiva, por ser creencia de todos. Por lo tanto, la fe pública es certeza jurídica, y el Estado la tutela porque sin ella desaparecería el Ordenamiento Jurídico.<sup>(3)</sup>

---

(2) DE LAS CASAS, (Gonzalo), citado por GIMENEZ-ARNAU, (Enrique), *Derecho Notarial*. Editorial Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1976, p. 36.

(3) MAGGIORE, (Giuseppe). *Derecho Penal*. Vol. II. Parte Especial. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p. 507.

Al respecto nuestra jurisprudencia ha indicado:

“En términos generales, la función notarial consiste en anotar lo que los otorgantes le indican y de ello, es precisamente, de lo que se da fe. Además, la fe pública, por medio de la cual se da autenticidad a actos realizados en presencia de un funcionario de esta naturaleza, ha sido definida como “Veracidad, confianza y autoridad legítima atribuida a notarios (...) acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad (...)” (Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta, 1989. Tomo IV. Pág. 37).”<sup>(4)</sup>

Socialmente, la fe pública es necesaria para comprobar la existencia de los hechos jurídicos y de los derechos que de ellos dimanen, por eso deben existir órganos públicos que ofrezcan esa certeza. Ni las leyes, ni las sentencias, ni los documentos notariales podrían ser eficaces para la sociedad, si a cada instante se cuestiona la legitimidad o autenticidad de su contenido.

La certeza que produce la fe pública, produce armonía y por ende estabilidad social, pues estas manifestaciones externas son garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y debe constituir plena prueba ante todos y contra todos.

Es por esto, que quien atenta contra dicha certeza, reemplazando lo verdadero por lo falso, viola en su fin fundamental la fe pública, esa confianza que ha tenido la comunidad civil genera así, que el instrumento del que se vale el derecho para mantener su orden social, sea malversado y constreñido a intereses particulares.

La fe pública tiene una misión preventiva, es un soporte de la verdad, una verdad oficial. El notario es el profesional al que el Estado seleccionó, vía legal, para gozar de la facultad de la *Dación de Fe*, con la que se pretende un mejor convivio social.

---

(4) *Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda del II Circuito Judicial de San José*. Sentencia N° 320-2001 de las 11:15 horas, del 5 de octubre del 2001.

De los análisis anteriores, se puede deducir que la fe pública notarial tiene diversos efectos sociales:

“... por una parte es una función pública, por cuyo conducto los actos jurídicos privados y extrajudiciales sometidos a su amparo adquieren autenticidad legal, y por el otro, es una función técnica, porque su ejercicio requiere de personas dotadas de especiales conocimientos en diversas materias jurídicas”.<sup>(5)</sup>

Para la sociedad el instrumento notarial produce confianza y prueba, gracias a la facultad de Dación de Fe del notario.

Después de haber analizado la importancia social de la función notarial, es menester analizar la naturaleza jurídica de la función notarial.

## **B) NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL**

En cuanto a ésta, se dan tres tesis importantes, la *funcionarista*, la *profesionalista* y la *ecléctica*, que a continuación se analizarán, sin perder el objetivo principal de este análisis, que es el determinar el régimen legal aplicable al notario, en consecuencia con su verdadera naturaleza jurídica.

**B.1-Tesis Funcionarista:** De acuerdo a esta tesis, la función notarial es una función pública ejercida por el notario *como funcionario público independiente*, remunerado por los particulares a quienes proporciona sus servicios.

El notario es un funcionario público que actúa en nombre del Estado. Este ha delegado en aquél el poder fehaciente para que intervenga en la confección de los instrumentos públicos, en los que se expresa la voluntad de las partes que intervienen en la realización del acto, negocio o contrato, manteniéndose en una posición muy particular dentro de la organización jurídica y administrativa del Estado.

---

(5) HERNANDEZ VALLE, (Rubén) y SALAS MARRERO, (Oscar), *Apuntes del Derecho Notarial, Costa Rica*. Editorial Facultad de Derecho, Tomo I, San José, 1970, p. 6.

En esta tesis se dan tres caminos o posiciones, que ubican a la función notarial en el ámbito del:

- a) **Poder Ejecutivo:** Ya que la función notarial hace realidad efectiva el derecho privado, pues da forma jurídica a los actos y contratos de los particulares.
- b) **Poder Judicial:** Se fundamenta en la jurisdicción voluntaria, pues otorga forma y fuerza jurídica a los actos consensuales privados o de carácter bilateral, unilateral o de otra naturaleza, mediante el respaldo del Estado, siempre y cuando no exista contención entre las partes.
- c) **Actividad Autónoma:** Se admite un número mayor de poderes que los tres tradicionales, por lo que la función notarial no está necesariamente adscrita a ninguno de los tres poderes tradicionales.

**B.2-Tesis Profesionalista:** Esta tesis sostiene que tanto el servicio prestado como el sujeto que lo facilita tienen carácter profesional y que la función del notario no es pública, es técnica, profesional y que por ser tal, el Estado no posee la facultad de delegarla. Dar fe es certificar y esta cualidad no es inherente a la calidad de funcionario público, por lo que debe aplicarse la máxima jurídica que establece que *nadie puede delegar facultades que no posee*.

**B.3-Tesis Ecléctica:** Acepta elementos de las dos tesis anteriores, pues establece que la función pública es ejecutada por un profesional en Derecho, es decir, a cargo de un profesional privado, no de un funcionario público asalariado.

De aquí se desprende, como lo afirma el jurista Oscar Salas Marrero, que el notario es a la vez un profesional libre y un funcionario público, *entendiéndose esto último solamente en el sentido de que desempeña una función pública y no como dependiente directo de autoridad administrativa o de otro orden*.<sup>(6)</sup>

De las tesis indicadas anteriormente, se derivan dos corrientes doctrinales importantes sobre la naturaleza jurídica, ya no de la función notarial, sino más bien de la figura del notario.

---

(6) HERNANDEZ VALLE, (Rubén) y SALAS MARRERO, (Oscar), *op. cit.*

**La Doctrina Notarialista:** Es la que califica al notario como un funcionario público. Al notario se le inviste con el cargo de funcionario público, por delegación del poder público, la capacidad de dación de fe pública.

**La Doctrina Administrativista:** Utilizando la figura llamada "*Munera Publicca*", que se refiere al ejercicio privado de funciones públicas, sostiene que:

“el particular que ejerce funciones públicas o presta servicios públicos no es un funcionario público ni un órgano público, sino precisamente un particular extraño a la organización pública”.<sup>(7)</sup>

Es distinto al funcionario de hecho, ya que este tipo de funcionario presta su servicio a nombre y por cuenta del Estado, en cambio que estos servidores privados, que ejercen una función pública, lo hacen en nombre y por cuenta propia. Con esta explicación, también queda claro que los servidores privados que ejercen una función pública tampoco son un agente público común. Este último actúa de una manera más clara, a nombre y por cuenta del Estado, es decir, su actuación, es la propia del Estado.

Los actos del notario no son subjetivamente administrativos, por lo que es inadmisibles intentar contra ellos, los remedios posibles contra los actos de la Administración. Esto porque el notario realiza una actividad de particular, en nombre propio, de tal manera que los efectos derivados de la misma, no recaen sobre la Administración Pública. Sus actos sólo implican responsabilidad personal y privada del notario.

Con el fin de comprender mejor el régimen jurídico de este fenómeno tan particular denominado "*munera publica*", siguiendo lo establecido por la Licenciada Maureen Jiménez Gómez, en su tesis de graduación, analizaremos dos perspectivas diferentes para abordar su estudio: -la posición jurídica del particular que ejerce la función pública frente a la Administración- y la posición de ese mismo particular frente al resto de particulares.<sup>(8)</sup>

---

(7) ORTIZ ORTIZ, (Eduardo). *Tesis de Derecho Administrativo*, San José, Tomo I, Editorial Stradtman, Primera Edición, 1998, p. 387.

(8) JIMENEZ GOMEZ, (Mauren). *El Régimen Disciplinario del Notario*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1999.

En cuanto a la primera perspectiva, el particular que ejerce la función pública tiene:

- a) La obligación de ejercer la función o prestar el servicio público, salvo que renuncie a esa actividad profesional.
- b) Sujeción a contralores administrativos, para asegurar que se logre el fin público perseguido, de conformidad con las modalidades y formas establecidas.
- c) Sujeción a potestad disciplinaria de la Administración.
- d) Sujeción a órdenes y directrices de la Administración.
- e) Derecho frente a la Administración Pública de prestar el servicio o de ejercer la función atribuida.

En cuanto a la segunda perspectiva, el particular que ejerce la función pública tiene:

- a) Naturaleza objetivamente administrativa de los actos del particular, (el notario).
- b) Obligación de ejercer la función o prestar el servicio a todo el que lo solicite.

De acuerdo al análisis anterior, el notario es considerado como un particular encargado del ejercicio profesional de la función pública de certificación, en forma independiente, por un interés personal, a su propio riesgo y beneficio, descartándosele por completo de la categoría de funcionario público.

En síntesis, se puede afirmar, junto con el Dr. Ortiz Ortiz, que el “munera pubblica”, es un particular al servicio de la comunidad, pero con la calidad de particular y no con la de ente ni agentes públicos.<sup>(9)</sup>

---

(9) ORTIZ ORTIZ, (Eduardo). *Op. cit.*

### C) NATURALEZA DEL NOTARIO COSTARRICENSE

De la lectura del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública se deduce lo que debe entenderse por funcionario o servidor público:

“Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia y de carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva”.<sup>(10)</sup>

Correlacionando esta definición de servidor o funcionario público, con la definición de notario, se deduce lo siguiente:

La *representabilidad* no se le aplica, pues el notario no forma parte de la Administración, actúa por cuenta y riesgo propio, sin que sus actuaciones comprometan al Estado. Por eso cuando el notario comete una irregularidad, el estado no es solidaria ni subsidiariamente responsable con él, ya que el notario no es considerado representante del Estado.

El *imperio* es el poder del Estado, quien a través de sus servidores, dicta actos que se imponen a los destinatarios obligatoriamente. Tampoco se aplica al notario, ya que no impone mandatos a las personas que acuden ante él, sino por el contrario actúa a petición o a ruego de parte.

La *remuneración* es el pago que el Estado realiza a quien presta un servicio en su nombre. Es incompatible con el notario, ya que no hay un régimen de empleo público, que convierta a aquél en asalariado del gobierno, pues los honorarios que percibe los recibe de los particulares que le rogaron el servicio.

La *designación* del servidor se da mediante un acto válido y eficaz de investidura, que se adquiere por nombramiento o elección. El notario no es nombrado ni electo, sino que ingresa a cumplir con una

---

(10) *Ley General de la Administración Pública*. Artículo 111.

función pública, a través del acto administrativo llamado habilitación. Este es conocido como la autorización para el ejercicio de una función pública, en este caso el notariado, como bien se señala en el artículo 2° del Código Notarial:

“el notario público es el profesional en derecho, especialista en derecho notarial y registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial”.

*Como puede observarse, del análisis anterior, no se puede catalogar al notario como un funcionario público.* Incluso, esta afirmación ha sido ratificada por nuestros jueces en materia administrativa, y quiénes mejor que ellos para determinar la naturaleza de funcionario público o no de un profesional en el ejercicio de su profesión:

“El notariado es ejercicio privado de la función pública, por lo que *los notarios no son funcionarios públicos*, aunque si tengan una especial relación de sujeción por ese motivo”.<sup>(11)</sup> (El enmarcado no es del original).

A pesar de lo anterior, la directriz número 004-2000, del 20 de julio del 2000, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, establece que:

“el notario público está aceptado como un funcionario público dentro de un régimen especial. Se le señala o define como funcionario público, por cuanto ejerce privadamente una función pública, con uso de un poder público, a través de la fe pública. Es un funcionario público por delegación”.

Sin embargo, en esta misma directriz se afirma que:

“el notario está obligado a tener oficina abierta y *no puede ser funcionario público*, salvo las únicas excepciones contenidas en los incisos a y b del artículo 5° del Código Notarial”.

---

(11) *Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera del II Circuito Judicial de San José.* Sentencia N° 293-2001 de las 10:30 horas, del 19 de setiembre del 2001.

Parece un poco contradictoria, pues de acuerdo a la primera afirmación, el notario ya es funcionario público, lo que se le impediría realmente es realizar otra función pública.

El mismo Código Notarial establece, en su artículo 1º, que el notariado público es una función pública ejercida privadamente. Luego afirma que el funcionario habilitado asesora a las partes. Como bien se puede notar *no hay duda que el notario ejerce una función pública, pero en ningún momento se afirma que es un funcionario público, aunque sí le llame funcionario, pero en relación al cumplimiento de una función.*

Asimismo, en el artículo 2º del Código Notarial, al definir al notario público, no se afirma que es un funcionario público. Más bien se afirma que es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

Incluso la jurisprudencia afirma que la incompatibilidad que se da, misma a la que se refiere la Directriz 004-2000:

“es un conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función –que también es pública– como es la del notario”.<sup>(12)</sup>

La misma Sala Constitucional ha sostenido que:

“Debe tenerse presente la naturaleza de la función notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública... Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado”.<sup>(13)</sup>

Como se puede notar del tratamiento legal, jurisprudencial y sobretodo doctrinal, al notario público no se le puede considerar un funcionario público, pero a la vez es claro que ejerce una función pública. De ahí que fácilmente algunas personas o entes, como la

---

(12) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto N° 1483-2001 de las 15:30 horas del 21 de febrero del 2001.

(13) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto N° 1749-2001 de las 14:33 horas del 7 de marzo del 2001.

Dirección Nacional de Notariado, considere al notario como un funcionario público. Si se considerara funcionario público, el Estado sería responsable por sus actuaciones, situación que no se da en nuestro Ordenamiento.

*Del análisis anterior se desprende que el notario es un profesional que ejerce una función pública de manera privada, pero que no es un funcionario público. Es dirigido, controlado, evaluado, tiene responsabilidad administrativa, no puede negarse a brindar el servicio, etc, no por ser funcionario público, sino por la función pública que ejerce.*

La anterior afirmación no impide el control estatal de la función notarial, ni la responsabilidad administrativa por ésta, pero sí podría darse la interrogante de si al aplicar las agravantes en los delitos penales, por supuestamente ser funcionario público, es una correcta interpretación del Derecho. De ahí la afirmación, para algunos errada, de: “somos funcionarios pero no públicos”; sin embargo, como se ha expuesto, no está lejos de la realidad jurídica costarricense.

Diferente es el caso de los notarios consulares, porque este sí es un funcionario público, ya que en él si se dan las características ya analizadas, como lo son la representatividad, la potestad de imperio, la remuneración y la designación. Por esta razón, es que en Costa Rica a estos funcionarios no se les debería llamar “notarios”, sino seguir la legislación española, que les denomina “funcionarios públicos con funciones notariales”, pero este tema podría dar origen a otro trabajo de investigación.<sup>(14)</sup>

#### **D) JUSTIFICACION LEGAL Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA “MUNERA PUBBLICA” AL NOTARIO**

Tomando en cuenta el análisis de las diferentes tesis sobre la naturaleza de la función notarial y del notario mismo, se debe analizar si es legalmente aplicable la tesis de la “Munera Publicca”, al ejercicio de la profesión natural.

En síntesis, se puede afirmar sin problema ni posición contraria alguna, que el notario ejerce una función pública. También, que *el*

---

(14) PAU PADRON, (Antonio). *Legislación Notarial*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995, p. 218.

*notario es un profesional que ejerce su función de manera privada.* El dilema es si se considera un funcionario público o no. De acuerdo a la doctrina administrativista, no se le debería considerar como tal; la cual es seguida por los jueces administrativistas y un grupo importante de notarios públicos, especialmente los que realizan su especialización. De acuerdo a la doctrina notarialista, sí se le debe considerar un funcionario público, teoría seguida por la Dirección Nacional de Notariado y los jueces en material penal de nuestro país. Un ejemplo de lo anterior, es lo sostenido por la Sala III:

“El autor de los delitos de falsificación de documento público y uso de documento falso, según la descripción contenida en los artículos 357, en su forma simple, y 363 del Código Penal, no necesariamente debe ser un funcionario público... Al tenerse por demostrado que el imputado es abogado y notario público y que prevaleciéndose de su condición de notario público, según el título que lo acreditó como tal, utilizando el protocolo que le otorgó por esta razón, la Corte Suprema de Justicia, aun suponiendo que estaba suspendido al momento de sus actuaciones, realizó varias escrituras de contenido falso, es claro que el imputado actuó prevaleciéndose de su condición de funcionario público y de los instrumentos que al efecto tenía por ostentar la calidad de Notario Público.”<sup>(15)</sup>

Sin embargo, nuestro Código Notarial y la misma Sala Constitucional, no han determinado al notario como un funcionario público, pues nunca lo ha llamado de tal forma. En todo caso, sería un funcionario público de carácter especial, ya que por ejemplo, en derecho penal, sí se le aplican las agravantes en los delitos cometidos por funcionarios públicos, pero en material civil, el Estado no es solidariamente responsable con el notario, cuando éste comete una falta. Ejemplos como el anterior, son los que hacen dudar sobre la naturaleza del notario.

---

(15) *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.* Voto 475-f-93 de las 08:50 horas del 27 de agosto de 1993.

El no considerar al notario como funcionario público, solamente produciría en cambio sustancial en nuestro ordenamiento; ésta es la inaplicabilidad de la agravante en los casos de delitos de falsedad, la cual es aplicada a los funcionarios públicos.<sup>(16)</sup> Este cambio no afectaría a los notarios consulares, pues como se indicó anteriormente, éstos si son funcionarios públicos. No se quiere afirmar con esto, que no debería existir la agravante; pues de acuerdo a la magnitud de la importancia de la función notarial, ésta debería protegerse con los mejores mecanismos legales. Sin embargo, con la normativa vigente, la agravante establecida para los funcionarios públicos que comentan delitos contra la fe pública, no es aplicable al notario.

El Dr. Eduardo Ortiz Ortiz ha afirmado que es posible la tutela penal reforzada del particular, de manera expresa, que es la misma que protege a los que ejercen funciones o servicios públicos como órganos de la Administración. En nuestro país esta característica no se desprende de nuestro Código Penal.

De acuerdo al Derecho Penal, no se puede aplicar la analogía, con fundamento en el artículo 1º del Código Penal, lo que haría imposible aplicar la agravante aplicada a los funcionarios públicos en los delitos de falsedad, por la razón de realizar una función pública. No es lo mismo realizar una función pública que ser funcionario público.

Esta diferencia, puede significar en el pensamiento de algunas personas, que se estaría desprotegiendo la Fe Pública, analizada anteriormente, sin embargo, ésta sigue protegida, pues el delito persiste. Lo que desaparece es la agravante por la investidura de funcionario público que tiene el actor de la falsedad, sin embargo, como ya se estudió antes, el notario carece de la misma.

La relación del notario con los entes públicos de la Administración, no se vería afectada por la aplicación de la tesis administrativa de la *"Munera Publica"*, antes estudiada, pues la especial

---

(16) *El artículo 357 del Código Penal* se refiere a la falsificación de documentos públicos y auténticos, el cual señala que: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que hiciere en todo o en parte un documento falso, público o auténtico, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. Si el hecho fuere cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la pena será de dos a ocho años". El enmarcado no es del original.

distensión entre las partes se encuentra en si la función notarial puede ser regulada por un ente público o no. Como se estudió antes, bajo esta teoría se mantienen los siguientes aspectos, propios del ejercicio de la función notarial:

- a) La obligación de ejercer la función o prestar el servicio público, salvo que renuncie a esa actividad profesional, en el caso de los notarios estamos frente al principio de rogación, contenido en el artículo 36 del Código Notarial.
- b) Sujeción a contralores administrativos, para asegurar que se logre el fin público perseguido, de conformidad con las modalidades y formas establecidas, en el caso de los notarios, se establece en todos los incisos contenidos en el artículo 24 del Código Notarial.
- c) Sujeción a potestad disciplinaria de la Administración, en el caso del ejercicio de la función notarial, nos referimos a la potestad disciplinaria de la Dirección Nacional de Notariado, contenidas en el inciso e) del artículo 24 del Código Notarial.
- d) Sujeción a órdenes y directrices de la Administración, en el caso en particular, potestad otorgada a la Dirección Nacional de Notariado, por el inciso d) del artículo 24 del Código Notarial. Incluso, así determinado por la Sala Constitucional:

“La Dirección Nacional de Notariado, como dependencia del Poder Judicial y rectora de la actividad notarial en todo el país, tiene la potestad de emitir directrices (con jerarquía de orden reglamentario, según se dijo antes) de acatamiento obligatorio para los notarios públicos y las instituciones públicas que se encargan de recibir y tramitar los documentos notariales. La inobservancia de las directrices, lineamientos y exigencias de esta Dirección, motiva la aplicación del régimen disciplinario sobre los notarios públicos.”<sup>(17)</sup>

- e) Derecho frente a la Administración Pública de prestar el servicio o de ejercer la función atribuida, el cual constituye el único derecho establecido por el Código Notarial a favor de los notarios, regulado en los artículos 10 y 11 del Código Notarial.

---

(17) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto N° 8197-99 de las 15:42 horas del 27 de octubre de 1999.

En cuanto a la relación del notario con los usuarios, tampoco se ve afectado por esta tesis, ya que la naturaleza de los actos otorgados ante el notario siguen siendo de carácter público. Si bien no por ser efectuados por un funcionario público, por ser producto del ejercicio de una función pública.

Además, se mantiene la obligación, objetiva y ya no subjetiva, del notario de brindar el servicio a quien se lo solicite, salvo las excepciones de carácter legal, posibilidad contenida en el artículo 36 del Código Notarial.

Podría afirmarse, que si se aplica la tesis de la “*Munera Publica*” no se afecta la función de ningún ente estatal, especialmente de la Dirección Nacional de Notariado. La única diferencia sería la inaplicabilidad de la agravante de los delitos penales cometidos por funcionarios públicos al notario, pues en realidad no lo es, como se ha demostrado a lo largo de esta exposición.

En conclusión, el notario ejerce una función pública, a pesar de ser un profesional de carácter privado, es decir, sin relación de jerarquía con respecto al Estado. No puede ser considerado como funcionario público, ya que no cumple con las características propias de tal servidor, por lo que el efecto de sus actuaciones no son iguales.

Sin embargo, al aplicarse la tesis de la “*Munera Publica*”, que es la más ajustada al ejercicio profesional del notario, éste siempre está sujeto al control y disposiciones tomadas por la Dirección Nacional de Notariado. Pues si bien no es un funcionario público, realiza una función pública.

La aplicación de esta tesis, nos explica varios aspectos, pero sobretodo nos daría un lineamiento de igual aplicación en todos los casos en que se presente una relación entre el Estado, el notario y los usuarios. Con base en esta tesis, podemos entender varios aspectos, como por ejemplo, por qué razón el notario no tiene respaldo del Estado en la responsabilidad de sus actuaciones, por qué estamos sujetos a un control y fiscalización de un ente adscrito al Poder Judicial, como lo es la Dirección Nacional de Notariado. También por qué razón al notario, no se le deben aplicar las agravantes penales, que están dirigidas al funcionario público, en los tipos en que se protege la fe pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- GIMÉNEZ-ARNAU, (Enrique). *Derecho Notarial*. Editorial Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1976.
- HERNÁNDEZ VALLE, (Rubén) y SALAS MARRERO, (Oscar). *Apuntes del Derecho Notarial*, Costa Rica. Editorial Facultad de Derecho, Tomo I, San José, 1970.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, (Mauren). *El Régimen Disciplinario del Notario*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1999.
- INFANTE MELÉNDEZ, (Gustavo Adolfo). *Excelencia de la Calidad Notarial y su Debida Información*. Proyecto de Investigación para optar por el posgrado de Maestría en Derecho Notarial y Registral de la universidad de Costa Rica, San José, 2003.
- MAGGIORE, (Giuseppe). *Derecho Penal*. Vol. II. Parte Especial. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985.
- ORTIZ ORTIZ, (Eduardo). *Tesis de Derecho Administrativo*. San José, Editorial Stradtman, Tomo I y II, Primera Edición, 1998.
- PAU PADRÓN, (Antonio). *Legislación Notarial*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995.
- Dirección Nacional de Notariado*. Directriz N° 004-2000 del 20 de julio del 2000.
- Dirección Nacional de Notariado*. Directriz N° 004-2001 del 13 de diciembre del 2001.
- Ley General de la Administración Pública*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1992.
- Ley Orgánica de Notariado*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1992.
- Código Notarial*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1992.
- Código Penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2001.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto N° 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 475-f-93 de las 08:50 horas del 27 de agosto de 1993.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.* Voto N° 8197-99 de las 15:42 horas del 27 de octubre de 1999.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.* Voto N° 1483-2001 de las 15:30 horas del 21 de febrero del 2001.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.* Voto N° 1749-2001 de las 14:33 horas del 7 de marzo del 2001.

*Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera. II Circuito Judicial de San José.* Sentencia N° 293-2001 de las 10:30 horas, del 19 de setiembre del 2001.

*Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda. II Circuito Judicial de San José.* Sentencia N° 320-2001 de las 11:15 horas, del 5 de octubre del 2001.