

LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI QUE IMPACTAN LA FUNCIÓN NOTARIAL DE CARA A LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA

GERMEN BERARDO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MAESTRÍA EN DERECHO
COHORTE I
MEDELLÍN
2015**

**LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI QUE IMPACTAN LA FUNCIÓN
NOTARIAL DE CARA A LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA**

GERMEN BERARDO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

Trabajo de grado como requisito para optar al título de
Magíster en Derecho

Asesor:

Dr. Carlos Mario Molina Betancur

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MAESTRÍA EN DERECHO
COHORTE I
MEDELLÍN
2015

ADVERTENCIA:

*Manifiesto bajo gravedad de juramento que lo aquí consignado es de mi autoría y
no vincula en responsabilidad al programa de la Maestría en Derecho de la
Universidad de Medellín*

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, marzo de 2015

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I. DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) A LA UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO (UIAF)	17
SECCIÓN PRIMERA. LA GLOBALIZACIÓN.	19
1. Efectos de la globalización en el derecho	23
2. La creación del derecho internacional.	25
3. Déficit de democracia de las normas de GAFI.	27
SECCIÓN SEGUNDA. LA SOBERANÍA EN LA PRODUCCIÓN JURÍDICA.	29
1. La soberanía.	30
SECCIÓN TERCERA. LA GLOBALIZACIÓN NORMATIVA.	34
1. La creación del GAFI.	38
1.1 Antecedentes.	38
1.2 El contenido normativo del GAFI.	40
1.3 El GAFI y las Recomendaciones.	44
1.3.1 Objetivos y metodología.	47
1.3.2 El sistema de inteligencia.	49
1.3.3 Tipos de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)	50
2. La creación de la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF.	52
CAPITULO II. DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN NOTARIAL	59
SECCIÓN PRIMERA. EL NOTARIADO TIPO LATINO	61
SECCIÓN SEGUNDA. FUNCIONES DEL NOTARIO TIPO LATINO.	64
1. Asesoramiento jurídico.	64
2. Conciliación de intereses.	65
3. Control de legalidad y de legitimación.	66
4. Instrumentación.	67

SECCIÓN TERCERA. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN COLOMBIA	70
1. Función esencial del notario.	71
2. La función notarial como función administrativa	73
3. Servicio público.	78
4. Servidor público.	79
5. Función pública.	79
6. La función notarial es de la esencia del Estado.	83
7. Un particular con funciones públicas.	85
7.1 Es una delegación parcial del Estado.	86
7.2 La descentralización por colaboración.	87
7.3 Es función de profesión liberal y funcionario público.	90
SECCIÓN CUARTA. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.	95
1. Es función rogada.	95
2. Es función indelegable.	96
3. Es función documental.	97
3.1 Dimensión del documento.	98
4. Es función testimonial.	100
5. Es función técnica.	102
6. Es función de autoridad.	105
6.1 Delimitación de la autoridad.	107
7. Es función taxativa.	108
8. Es función no jurisdiccional.	109
9. Es función preventiva.	112
SECCIÓN QUINTA. LA AUTORIZACIÓN NOTARIAL.	118
1. El documento.	120
2. La Escritura pública.	122
3. El control de legalidad.	135
4. Eficacia y Eficiencia como presupuestos de la seguridad jurídica preventiva.	141
5. Principio de buena fe.	143

SECCIÓN SEXTA. EL DEBER DE SECRETO NOTARIAL.	159
SECCIÓN SÉPTIMA. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO.	164
SECCIÓN OCTAVA. LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.	172
SECCIÓN NOVENA. LA FUNCIÓN DE POLICÍA.	177
CAPITULO III. EL GAFI FRENTE A LA FUNCIÓN NOTARIAL	189
SECCIÓN PRIMERA. ALGUNOS ASPECTOS GENERALES	190
1. Principios del GAFI en la función notarial.	195
1.1 Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS)	196
1.2 Sujeto obligado.	197
1.3 Enfoque basado en riesgos.	197
1.4 Debida Diligencia del Cliente.	198
1.5 Regulación y supervisión.	198
1.6 Estadísticas y retroalimentación.	199
2. Precisando el compromiso de la función notarial.	199
2.1 La certeza del derecho en la función notarial.	202
2.2 La neutralidad de la función notarial.	205
2.3 La denegación se da sobre un vicio de ilegalidad reconocible y constatable.	207
2.4 Esbozos sobre estándares de licitud en la actuación notarial.	208
2.5 La garantía de la función notarial.	212
2.6 Las obligaciones de prevención.	213
SECCIÓN SEGUNDA. EL CONTENIDO DE LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI EN LA NORMATIVA INTERNA (LEYES, DECRETOS REGLAMENTARIOS, RESOLUCIONES, CIRCULARES E INSTRUCTIVAS).	215
1. El notario como sujeto obligado.	216
2. La eficacia y la eficiencia de la función notarial.	218
3. El secreto profesional del notario.	223
4. El principio de buena fe.	224
5. El notario como asesor, consejero y fedatario.	226

6. La función de control de legalidad.	229
7. La función notarial no es una garantía.	234
8. La responsabilidad del Notario.	237
9. La función de control, inspección y vigilancia.	239
10. La seguridad jurídica preventiva.	243
11. La autorización notarial.	247
12. Reporte de operaciones sospechosas (ROS).	248
13. El rechazo notarial activa el deber de denuncia.	251
14. La actividad de policía.	253
15. La función técnica, documental y testimonial del notario.	256
16. Mayor carga en la labor de conocimiento del cliente.	257
SECCIÓN TERCERA. CONCLUSIONES.	260
1. La función notarial como desarrollo del GAFI.	260
1.1 El GAFI condiciona el desarrollo normativo de la función notarial.	264
1.2 La función notarial está condicionada por el GAFI.	267
2. El concepto de función que se imponen al notario desde el GAFI.	268
2.1 La delegación fedataria no admite cumplir actividad de policía como de inteligencia e información.	272
3. El notario es parte interesada en la Escritura Pública de compraventa inmobiliaria según el GAFI.	275
4. La función notarial en el Estado Social de Derecho.	276
4.1 Exigencia constitucional.	282
5. El rechazo de la Escritura Pública es obligación constitucional del notario.	287
6. A manera de propuesta.	293
7. La responsabilidad del notario en la función notarial.	294
BIBLIOGRAFÍA	297
CIBERGRAFÍA	304

INTRODUCCIÓN

La globalización de la economía¹ tiene una expresión concreta en el sistema financiero. Todo el tráfico de bienes tiene como vehículo la institucionalidad bancaria que se consolida como vía obligada de las operaciones comerciales. Esto es, el desenvolvimiento ordinario de la actividad comercial de un hombre común y corriente, tiene como referente el medio financiero como condicionante de su vida. Es tan cierta esta aseveración que se habla de la muerte comercial de quien ha perdido la confianza del sistema financiero².

Es así que el sistema financiero se ha organizado a nivel mundial para resolver sus propios problemas y fortalecer su mercado, creando políticas de gestión que uniforman la actividad bancaria en cualquier lugar donde se preste; globalizando la actividad comercial y, de alguna manera, haciendo que sea dependiente de la estructura del sistema financiero. El mercado mundial ha sido capturado por el sistema financiero, lo que se comprueba cuando las cuentas de un ciudadano con dificultades para sustentar el origen de su patrimonio son rastreadas en cualquier lugar del mundo por medio de la red comunicante del sistema financiero.

Este sistema creó instrumentos definidos por políticas administrativas para el auto – control y la vigilancia de las operaciones abusivas de los servicios financieros, cuando es usado como medio de tránsito de recursos que provienen de actividades criminales.

¹ En el mundo de hoy predominan los postulados de la Economía de Mercado. Junto a los valores estáticos del Derecho, acuñados en el siglo XX, han aparecido nuevos modelos –el derecho a la intimidad, el derecho al consumidor, el derecho a la “libertad de conciencia”- que debe adaptarse a la puja de la oferta y la demanda. Privan las ideas económicas que han desplazado la mira del Derecho positivo y de la Filosofía del Derecho, obedeciendo a la consigna del “dejar hacer y dejar pasar”. Elena I Highton y Angélica G. E. Vitale. *La función notarial en la comunidad globalizada*. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. p. 18.

² Al respecto es ilustrativa la denominada lista CLINTON; en ese sentido, sentencia T-368/03, MP R Escobar G.

Así se llega, necesariamente, a la estructuración de la gobernanza mundial del sistema financiero, que comienza con la creación del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Comité de Basilea) en 1974, para conjurar la crisis entre los bancos Bankhaus Herstatt en Colonia, Alemania y el Chase Manhattan de Nueva York, Estados Unidos, en una decisión de los gobernadores de los bancos centrales del G-10, el cual se ocupa de la supervisión y control del sistema financiero. Este Comité profirió la declaración de principios de Basilea en 1988, conocida como *“Prevención del uso delictivo del sistema bancario con el propósito de lavar dinero”*. Ese mismo año también se firmó la convención de Viena³ o *“Convención de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias sicotrópicas”*. En 1989, el G-7 creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)⁴, con el propósito de desarrollar uno de los principios del Comité de Basilea, el que hace referencia a la *“Utilización abusiva de los servicios financieros”*⁵, que tiene por contenido la *“Debida Diligencia del Cliente”*⁶. En 1990 se expidieron las llamadas *“Cuarenta Recomendaciones del GAFI”* que hoy se erigen como el estándar internacional de la lucha contra el lavado de activos, y que la ONU urgió en el año 2005 a los Estados miembros a que las implementaran.

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) han asumido la responsabilidad de monitorear el cumplimiento de los principios y estándares del Comité de Basilea, incluido el estándar de las Recomendaciones

³ Es la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por la Ley 67 de 1993.

⁴ El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) fue creado en la cumbre del G-7 en París, en junio de 1989, como organismo intergubernamental, cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales; este proceso consistente en ocultar el origen ilegal de productos de naturaleza criminal. Con estas medidas se intentan impedir que dichos productos se utilicen en actividades delictivas futuras y que afecten a las actividades económicas lícitas.

⁵ Este es el epígrafe dado en la última revisión de los principios del Comité de Basilea, el que además fue reubicado en la lista, pasando ahora a ser el número 29.

⁶ Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI en el número 10 precisan la Debida Diligencia del Cliente.

del GAFI, su adopción legal por cada país y la evaluación periódica de su cumplimiento⁷.

Los Estados adoptan las recomendaciones del GAFI en armonía con el régimen constitucional de cada uno, creando la estructura administrativa pertinente, dentro de la cual es necesaria la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), que para el caso de Colombia es la Unidad de Información y Análisis financiero (UIAF), creada por la Ley 526 de 1999, encargada de recoger información proveniente del sistema financiero y de todas las actividades y profesiones no financieras –como las Notarías-, reportadas como operaciones sospechosas. La obligación de reportar operaciones sospechosas de estar relacionadas con el lavado de activos, recae en los “sujetos obligados” so pena de sanción disciplinaria o penal conforme a la tipificación del artículo 325 A de la Ley 599 de 2000⁸.

Algunas de las funciones notariales son obligatorias so pena de sanción penal; es decir, se hace la vigilancia administrativa de la función pública notarial de la mano del Código Penal. Las recomendaciones del GAFI entran por esta vía a señalar funciones públicas para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

⁷ “Los países del GAFI se han comprometido claramente a aceptar la disciplina de estar sujetos a una vigilancia multilateral y a evaluaciones mutuas. La aplicación de las cuarenta Recomendaciones por parte de los países miembros se supervisa a través de un doble enfoque: un ejercicio anual de autoevaluación y un proceso más detallado de evaluación mutua según el cual cada país miembro está sujeto a un examen sobre el terreno. Además, el GAFI realiza exámenes horizontales de las medidas adoptadas para aplicar determinadas Recomendaciones”. Cfr. www.cicad.oas.org.

⁸ Ley 599/00, Art 325-A. *Omisión de reporte sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo.* <Art mod. por el art 4, Ley 1357/09: Aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirán, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

Por consiguiente se hace necesario identificar y delimitar la función pública del notario, ejercida por particulares bajo la modalidad de descentralización por colaboración.

Al notario, un particular con funciones públicas, se le imponen normas nacidas de organismos sin origen democrático⁹. Funciones que son periódicamente revisadas y ajustadas a las necesidades que impone el mercado del dinero proveniente del crimen. Es decir, la vocación de las recomendaciones del GAFI es ser extensivas, con el propósito de cubrir todos los resquicios que permiten el lavado de activos en los trámites para el tránsito de bienes.

De esta manera el notario en Colombia se encuentra obligado a cumplir funciones policivas, impuestas por la Superintendencia de Notariado y Registro (SINR)¹⁰ coordinada por la UIAF. El negocio inmobiliario se convierte así en “coto de caza” de la función notarial para el reporte de operaciones sospechosas indicativas de lavado de activos o financiación del terrorismo. Es preciso advertir que el repudio a las operaciones bancarias por los abusos del sistema financiero, puede llevar a la realización de transacciones en efectivo o al uso de otro elemento mediador acordado para la realización de una transacción, hecho que haría aparecer la operación como sospechosa y, en consecuencia, de obligado reporte.

El amplio espectro de requerimientos de la UIAF y de la SINR, en la actividad pública notarial, en aplicación de las recomendaciones vigentes del GAFI y de las que en un futuro se le ocurran en respuesta a los nuevos retos y avances tecnológicos, hacen extensiva la acción de inspección, vigilancia y control de la actividad pública, llegando a definir desarrollos de funciones públicas, que en las transacciones inmobiliarias consisten en definir y precisar la función notarial. Así

⁹ Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI, nacido del G-7.

¹⁰ SINR ha dictado la Instructiva Administrativa 8/07 y la Circular Externa 1536/13.

es lógico entender que la manera de hacer la compraventa de bienes inmuebles en Colombia se está modificando para cumplir las recomendaciones del GAFI.

Uno de los requerimientos fundamentales, dentro de estos nuevos instrumentos para perseguir el lavado de activos, es la identificación del cliente; del cliente nuevo y del cliente tradicional. Se parte de la base de que hay que desconfiar de todos para llegar al análisis objetivo de las operaciones que reúnan los parámetros para calificarlos de sospechosas o “encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos”¹¹, para lo que se “deberán tomar las medidas de control apropiadas y suficientes”¹², sin necesidad de que se tenga la certeza de que se trate de una actividad delictiva. También los notarios deberán efectuar análisis ponderado de los actos que autorizan, para establecer particularidades de los mismos que los hagan susceptibles de reporte a la UIAF.

El detalle del control que se obliga a ejercer al notario, llega hasta exigirle determinar las características usuales de las transacciones o actos notariales, la actividad económica de los clientes, e identificar a las que eventualmente pudieran involucrar lavado de dinero o financiación del terrorismo, realizar “diligencia debida” sobre sus clientes¹³ y conservar registros. Las anteriores son funciones nuevas que no estaban contempladas en la función notarial tradicional, así se quieran presentar dentro del “cumplimiento de las normas que rigen la adecuada y eficaz prestación del servicio público notarial”¹⁴; aunque evidentemente, van más allá de la función fedataria.

La operación de las recomendaciones del GAFI establece estándares, y desarrolla y promueve políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del

¹¹ Decreto 1957/01, art 1 reglamentario de la Ley 526/99.

¹² Consideraciones en Instructiva Administrativa 8/07.

¹³ Es el conocimiento, la identificación e individualización del cliente o usuario, del beneficiario final, del propósito y la naturaleza de la relación comercial; además, implica un proceso continuo de debida diligencia como examen detallado de las operaciones realizadas en el curso de la relación.

¹⁴ Consideraciones en Instructiva Administrativa 8 de 2007.

terrorismo. Así se constituye este grupo en elemento de gestión de la cúpula financiera mundial para la lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo. Las recomendaciones del GAFI están diseñadas para aplicarlas a las actividades financieras, de valores y seguros, pero alcanzan actividades y profesiones no financieras que pueden usar o no el sistema financiero como canal de tránsito. Así como existen actividades y profesiones ajenas al lavado de activos y/o financiación del terrorismo que utilizan el sistema financiero y están sometidas a las recomendaciones del GAFI, existen también operaciones de lavado de activos y financiación del terrorismo que se pueden hacer por fuera del sistema financiero, lo que ha hecho necesario el ajuste y extensión de tales recomendaciones a otras actividades, principalmente a las que realizan transacciones de bienes.

Por ello, la función notarial de dar fe pública ha empezado a ser sujeto de intervención en el negocio inmobiliario por reglamento de la UIAF en su “Guía para la prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector notarial”, la que después fue adoptada por la SINR en la Circular Externa 1536 de 2013. Estos imponen a los Notarios la obligación de reportar operaciones sospechosas y la identidad del responsable, funciones que ya se habían establecido en la Instructiva Administrativa 8 de 2007 de la SINR. Entre los elementos fundamentales para el control de activos vinculados con el crimen, está el conocimiento del cliente, desarrollado de una manera detallada para el sistema financiero y perfectamente aplicado a la función notarial en el negocio de compraventa inmobiliaria.

En consecuencia, es necesario mirar cuáles implicaciones tienen las recomendaciones del GAFI en la función notarial cuando se autoriza la escritura pública de compraventa inmobiliaria. Primero, identificar las recomendaciones del GAFI que impactan y tienen desarrollo en la función notarial. En segundo lugar, los cambios en el concepto de la función notarial que se imponen a los notarios, y

tercero, los problemas que se derivan del ejercicio de esta nueva función. Además, las recomendaciones se constituyen en una herramienta de control normativo supranacional vinculante para la actividad notarial en la escritura de compraventa inmobiliaria.

Las transacciones de inmuebles solo se pueden hacer por escritura pública ante notario. El trámite está reglado en el Estatuto Notarial, Decreto 960 de 1970 y las normas que lo modifican y reglamentan, que prescribe los pasos a seguir en cumplimiento de la solemnidad del acto. El proceso de perfeccionamiento de la escritura consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización.

En consecuencia, el presente trabajo se presenta en tres capítulos.

El primero versa sobre el marco internacional del Comité de Basilea y de cómo se llega a las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, y en particular a la creación y asignación de funciones a la UIAF, con breve reseña del fenómeno y los efectos de la globalización, la soberanía en la producción jurídica y la globalización normativa. El segundo se refiere a la delimitación de la función notarial, como una necesaria precisión para establecer el impacto de las recomendaciones del GAFI y en particular en la autorización de la Escritura Pública; define la naturaleza y características de la función notarial, y algunos aspectos relevantes de la función pública notarial en un Estado Social de Derecho. El tercer capítulo, analiza las Recomendaciones del GAFI que imponen nuevas actividades a los notario en ejercicio de la función notarial, para revelar la impertinencia de aquellas frente al contenido de la dación de fe que desnaturaliza la función pública notarial cuando al notario se le impone el reporte de operaciones sospechosas después de autorizada la Escritura Pública, imposición que, además, choca con fundamentos del Estado Social de Derecho.

El método de esta investigación será el estudio analítico – descriptivo, con empleo de la inducción que permita la comprensión del complejo entramado normativo nacional e internacional sobre el tema de la compraventa inmobiliaria, la recepción de las Recomendaciones GAFI y la función notarial.

La metodología a seguir para el desarrollo de la investigación, tiene dos etapas. La primera de tipo exploratorio mediante la cual se hizo recolección de la información de tipo legal, doctrinal, jurisprudencial e instrumentos internacionales relativos al tema de investigación. En la segunda fase, se procedió a realizar un trabajo de clasificación de la información con el fin de extraer la más relevante para el desarrollo de los diferentes temas del trabajo, con lo cual se soportan las conclusiones encontradas.

CAPITULO I. DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) A LA UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO (UIAF)

La producción normativa en el Estado nacional tiene como sustento, de una parte, la soberanía nacional, de la cual *emana la producción, el contenido y la aplicación de las normas que ordenan el comportamiento de la sociedad*; y de la otra, las normas de derecho internacional público reglan el comportamiento de los Estados, y solo son vinculantes cuando estén precedidas del consentimiento de cada uno de ellos. Estos extremos de construcción normativa tienen una alteración multifacética por las condiciones que impone la globalización, que rompe la pirámide de Kelsen en el Estado nacional y condiciona las relaciones estatales en el derecho internacional público, con necesarias implicaciones nacionales. Son éstas implicaciones las que erosionan la soberanía normativa nacional, quitando soporte democrático a la producción, contenido y aplicación de la norma.

Entre estas implicaciones, la creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹⁵ como órgano intergubernamental para prevenir el lavado de activos, requiere la creación de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) en cada uno de los países, bajo la vigilancia del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial (BM), entre otros, que verifican la transposición a los sistemas legales internos de las Recomendaciones emanadas del GAFI. El Consejo de Seguridad de la ONU, mediante la Resolución 1617 de 2005, instó a los Estados

¹⁵ El GAFI. Fue creado en 1989 en la cumbre del G-7 en París y está compuesto por treinta y dos países y dos organismos internacionales (la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo). Su principal objetivo consiste en elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. En esa línea, ha elaborado “Cuarenta Recomendaciones...”. Paralelamente, el Grupo gestiona una lista (que renueva periódicamente) de territorios y países que no colaboran en la lucha contra el blanqueo de dinero, con el objeto de que sus miembros adopten medidas frente a ellos. Luís M Hinojosa Martínez. *La regulación de los movimientos internacionales de capital y las inversiones extranjeras*. Luís M Hinojosa Martínez y Javier Roldan Barbero (Coords). *Derecho internacional económico*. Madrid, 2010. p. 302.

Miembros a implementar las normas internacionales comprendidas en las Cuarenta Recomendaciones contra el Blanqueo de Capitales¹⁶.

Es así como en Colombia se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), con la expedición de la Ley 526 de 1999, modificada por las leyes 1121 de 2006 y 1621 de 2013. Esta iniciativa legislativa hace parte de las cuarenta recomendaciones presentadas a la comunidad internacional por el GAFI, en busca de la atención e implementación eficaz de lo ordenado por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Comité de Basilea)¹⁷ para evitar la utilización abusiva de servicios financieros. El Grupo de los siete (G-7), como agrupación de los países más ricos del mundo, creó el GAFI en 1989, en busca de la armonización¹⁸ jurídica en esta materia. Se evidencia de esta manera el poder de los países ricos en el diseño mundial del orden económico y social y el origen de la producción jurídica en la lucha contra el lavado de activos.

¹⁶ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Blanqueo de capitales*. Barcelona. Bosch. 2009. p. 71, 297, 341.

¹⁷ El Comité de Basilea. Fue creado en 1974 por los gobernadores de los bancos centrales de los países del G-10. Su principal objetivo consiste en la coordinación internacional y mejora de los mecanismos de supervisión prudencial de las entidades de crédito. Para ello, el Comité de Basilea fomenta el intercambio de información entre sus miembros, y establece normas y directrices que configuran un estándar mínimo de supervisión considerado deseable para todos los países. Estas reglas carecen de fuerza vinculante, pero el Comité ha disfrutado de un éxito considerable en cuanto al grado de cumplimiento de sus acuerdos. Luís M Hinojosa Martínez. *La regulación de los movimientos internacionales de capital y las inversiones extranjeras*. Luís M Hinojosa Martínez y Javier Roldan Barbero (Coords). *Derecho internacional económico*. Madrid, 2010. p 300. El 12 de diciembre de 1988, el Comité dio a la luz la Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias. La Declaración presenta como características esenciales, en primer lugar, dicho carácter deontológico, no generando obligaciones jurídicas; en segundo lugar, que sus destinatarios son las instituciones financieras, y solo en último término los supervisores bancarios; por último, que instan a la adopción de reglas y principios encaminados a evitar el uso de las instituciones bancarias para el blanqueo de activos. Luís Manuel Lombardero Expósito. *Blanqueo de capitales*. Barcelona. Bosch. 2009. p 305. Luís Manuel Lombardero Expósito. *Blanqueo de capitales*. Barcelona. Bosch. 2009. p. 305.

¹⁸ Armonización, cuando se dictan normas de derecho internacional o de derecho regional que imponen unos principios o criterios básicos que los estados deben seguir en el dictado de sus propias normas en relación con una determinada materia. De esta forma las normas que rijan en el conjunto de estados en cuestión serán propias de cada uno de ellos, pero homogéneas por responder a unas directrices comunes. José Antonio Estévez Araújo. *El revés del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006. p. 108.

Para desarrollar este tema, se presenta tres secciones sobre la globalización, la soberanía en la producción jurídica y la globalización normativa. En la primera se presentan las condiciones que provienen de los hechos económicos; en la segunda, se mira la creación del derecho internacional y cómo se manifiesta en éste el déficit de democracia y la mengua de soberanía en la producción jurídica; en la tercera, cómo se creó y se dio contenido al GAFI y la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) como consecuencia de aquel.

SECCIÓN PRIMERA. LA GLOBALIZACIÓN.

Es objeto de disputa establecer cuándo empezó la globalización económica. Para unos el sistema mundial capitalista se remonta al siglo XVI, con el inicio del colonialismo; para otros, con el advenimiento de las empresas internacionales; otros dicen, con la supresión de los tipos de cambio fijos o con el colapso del bloque oriental¹⁹. Para el caso de la globalización del derecho tomaremos la globalización económica que es la mundialización específica que ha experimentado el capitalismo en los últimos treinta años²⁰; dada sobre la eliminación de barreras para la libre circulación, la caída de los regímenes del este y las privatizaciones.

La eliminación de barreras a bienes, servicios y sobre todo a capitales (i), se ha producido como consecuencia del 'efecto dominó' de la 'liberalización' en países como Estados Unidos con empresas multinacionales tan poderosas, que ejercieron presión sobre los otros estados para que siguiera esa misma política. De igual manera el paso del mercado común al mercado único en Europa, que tuvo como objetivo la 'liberalización' de la circulación de bienes y capitales en

¹⁹ Elena I Highton y Angélica G.E. Vitale. La función notarial en la comunidad globalizada. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. 2005. P 22 y 23. José Antonio Estévez Araújo. *El revés del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006. p. 25.

²⁰ José Antonio Estévez Araújo. *El revés del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006. p. 25.

todos los países de la Comunidad con un mercado doméstico superior al de los Estados Unidos, provoca la creación del Euro como moneda única en 2002. Así mismo, el FMI, que tuvo especial importancia en Latinoamérica, en aplicación del llamado Consenso de Washington - acuerdo de los años ochenta entre el FMI, el BM y el Tesoro estadounidense, para establecer las recetas neoliberales que habrían de aplicarse en la región- cambió su misión original consistente en estimular la demanda en tiempos de crisis mediante políticas expansivas, esto es, con aumento del gasto público y disminución de impuestos y de intereses, y se constituyó en un agente de la globalización que concede crédito a los países con la condición de que acepten liberalizar el mercado, privatizar las empresas del Estado, disminuir el gasto público y contener la inflación. Tras la caída de los regímenes del Este de Europa (ii) y su sometimiento a la economía de mercado, se instalaron en la economía capitalista para correr la misma suerte de los países latinoamericanos. Y las privatizaciones (iii), haciendo que el capitalismo no solo tenga una expansión territorial sino, también, en aquellos sectores sustraídos a la lógica del beneficio, especialmente en el ámbito de los servicios públicos, en los que se ha ubicado la inversión extranjera adquiriendo empresa públicas²¹.

En la actualidad, la noción de soberanía se vincula más al carácter autónomo de las decisiones nacionales, que al contenido material de éstas. De ésta manera, el derecho de todos los Estados a elegir su propio modelo económico y social, sin ninguna interferencia externa, constituiría una de las principales manifestaciones de la soberanía. Esto explica que la condicionalidad de la ayuda oficial para el desarrollo, que limita de una forma muy significativa esa capacidad de decisión nacional independiente, constituya una de las fracturas más importantes y polémicas de dicha soberanía²².

²¹ *Ibíd.*, p. 25-30.

²² Luís M Hinojosa Martínez. *L Op.Cit.*, p. 35.

La pérdida de eficacia del Estado para desarrollar muchas de sus funciones tradicionales resulta especialmente acusada en los países en vía de desarrollo (PVD). En un plano jurídico, algunos autores apuntan que este proceso se ha visto favorecido por una excesiva limitación de los poderes normativos de los Estados en los numerosos convenios sobre protección de las inversiones firmados desde finales de los años ochenta. También han proliferado los fenómenos de autorregulación, en los que son los propios participantes en el mercado los que establecen las normas aplicables, e incluso, los procedimientos de solución de controversias o los mecanismos de sanción. Es importante destacar que éste vaciamiento de la soberanía estatal no se centra únicamente en la definición de las normas, sino también en el control de su cumplimiento²³.

Esta internacionalización del proceso de creación de las normas puede tener un efecto negativo sobre el principio democrático, en la medida en que muchas reglas vienen impuestas desde fuera a las autoridades estatales elegidas por los ciudadanos. A la vista de que organizaciones internacionales como la OMC, el FMI o la OIT alcanzan una membresía casi universal, sus tratados constitutivos se configuran como un núcleo de regulación que podría identificarse como una suerte de Derecho constitucional internacional en el ámbito económico²⁴.

Cabe recordar que para ser miembro del BM, debe haberse realizado previamente la adhesión a los Estatutos del FMI. Paralelamente, para ser miembro de la OMC, debe haberse producido la misma adhesión al FMI o, alternativamente, la celebración de un acuerdo especial de cambio con los demás miembros de la OMC, asumiendo el código de conducta establecido por el Fondo en esa materia. Además, tanto el FMI como el BIRF (Banco Internacional de Reconstrucción y

²³ *Ibíd.*, p. 37.

²⁴ *Ibíd.*, p. 43.

Fomento) son organismo especializados de la ONU. La OIT, creada en 1919, también se convirtió en un organismo especializado de la ONU en 1946²⁵.

En consecuencia, el derecho aparece como un instrumento fundamental de racionalización de la economía mundial, básicamente con dos propósitos: a) afianzar y garantizar el funcionamiento del libre mercado, y b) corregir y paliar los abusos y desajustes que el funcionamiento anárquico del libre mercado provoca. A este respecto, se repite que un sistema financiero globalizado no puede funcionar sin una gobernanza a ese mismo nivel, sin un nuevo régimen mundial en consecuencia²⁶.

En todo caso, la acción internacional está llevando consigo una visible aproximación de los ordenamientos jurídicos internos, en particular entre los países de un mismo entorno geográfico y político. Además, la globalización económica y la hegemonía del liberalismo económico (y también político), han restringido significativamente el alcance de la libre elección del sistema social de los Estados, es decir, la naturaleza de la soberanía económica que en otro tiempo se presentaba como plena e ilimitada²⁷.

Todo el Derecho internacional se sustenta en la compatibilidad entre los principios de soberanía estatal y cooperación internacional (cooperación no solo intergubernamental, sino también entre otras instancias públicas como parlamentos o bancos centrales, por ejemplo)²⁸. Algunos acuerdos internacionales entre Estados y/u organismos internacionales no forman parte de tratados, por carecer de fuerza jurídica obligatoria (acuerdos no vinculantes) o por no estar regidos por el Derecho internacional. Con ellos se sortean las dilaciones de un tratado, pero éste ofrece más garantías democráticas (especialmente, el control

²⁵ *Ibíd.*, p. 43.

²⁶ *Ibíd.*, p. 54.

²⁷ *Ibíd.*, p. 55.

²⁸ *Ibíd.*, p. 58.

del parlamento y la publicación en el Diario Oficial del Estado). Sucede en éste campo que disposiciones acordadas por instancia privada son luego elevadas a la consideración de Derecho público por los Estados. También tenemos normas de los actos unilaterales de las organizaciones internacionales, ellas mismas nacidas y ajustadas a un tratado internacional que le sirve de derecho primario²⁹.

1. Efectos de la globalización en el derecho

Los cambios en la economía de mercado han arrastrado cambios en la estructura del derecho. Se señala el referente a la producción de las normas como manifestación de la soberanía del Estado en la configuración del derecho interno; de igual manera, se establece cuál es el contenido de ellas a partir de las convenciones firmadas y ratificadas por Colombia y de las Recomendaciones del GAFI para la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo. La primera es que la procedimentalización que se refiere al modo como se produce el derecho, no se identifica con la llamada desregulación, que es la disminución del grado de intervención del Estado -este es un concepto económico-³⁰. La segunda es que en determinados ámbitos el Estado ha perdido la capacidad de situarse por 'encima' de la sociedad y tener un poder decisorio, por lo que pasa a ser una parte negociadora más. Esto se patentiza en las negociaciones con las compañías y entidades financieras transnacionales. Algunos Estados no tienen la capacidad de imponer las regulaciones de la inversión extranjera y termina negociando las condiciones de la inversión. Así se presenta el derecho flexible, que se da en un contexto en el que el Estado no tiene poder regulador alguno sobre los agentes económicos, dándose una especie de mecanismo autoregulator de los poderes económicos³¹. En estas condiciones, dice Faría, se diluye la distinción entre 'norma' y 'contrato', en el sentido de que los tratados internacionales (las normas

²⁹ *Ibíd.*, p. 63 y 64.

³⁰ José Antonio Estévez Araújo. *Op. Cit.*, p. 99.

³¹ *Ibíd.*, p. 100.

más importantes del derecho internacional) no son otra cosa que acuerdos basados exclusivamente en la voluntad de las partes³².

Dicho de otra manera, en la procedimentalización del derecho el Estado conserva suficiente poder para establecer las 'reglas del juego'; en la desregulación se requiere dar mayor libertad al mercado, lo que conlleva dictar normas en ese sentido³³.

La procedimentalización puede ser privatizadora o democratizadora. La primera es la transferencia en mayor o menor grado de la facultad de determinar el contenido de las normas jurídicas a los representantes de los grupos de interés afectados, como con los lobbies y las agencias independientes y normas técnicas; la privatización se puede reconducir a la pérdida de soberanía del Estado respecto a los agentes económicos y a la consiguiente crisis de la separación Estado/sociedad. El poder económico ha "colonizado" el poder político y puede transmutarse en poder normativo sin pasar por los filtros y controles democráticos. La segunda, la democratizadora, es el incremento del poder de participación en el proceso de producción de las normas jurídicas de las personas en cuanto ciudadanos³⁴.

Boaventura De Sousa Santos, en un estudio dedicado a los efectos jurídicos de la globalización, sostiene que se está produciendo una "transnacionalización del derecho" refiriéndose a un fenómeno consistente en que el contenido de las normas jurídicas que dicta un Estado, viene determinado decisivamente por otros estados, por organismos de carácter supraestatal (como el FMI o el BM), o por otros agentes que operan en el espacio global, como las compañías multinacionales. La transnacionalización es una manifestación en el ámbito de la

³² *Ibíd.*, p. 101.

³³ *Ibíd.*, p. 99 y 101.

³⁴ *Ibíd.*, p. 97-105.

creación del derecho de pérdida de soberanía del Estado en sus facetas material y simbólica³⁵.

La transnacionalización ha dado lugar a una intensificación de los procesos de unificación, uniformización y armonización del derecho. La *unificación* supraestatal del derecho se produce cuando se dicta una norma directamente aplicable de derecho internacional o de derecho regional a la que los derechos estatales quedan subordinados por ser aquella jerárquicamente superior; por ejemplo, la Unión Europea. La *armonización*, cuando se dictan normas de derecho internacional o de derecho regional que imponen unos principios o criterios básicos que los estados deben de seguir en el dictado de sus propias normas en relación con una determinada materia. De esta forma las normas que rijan en el conjunto de estados en cuestión serán propias de cada uno de ellos, pero homogéneas por responder a unas directrices comunes. Es la consecuencia de la firma de una convención. La *uniformización* se da cuando en diversos estados rigen normas de derecho interno, pero idénticas, en una determinada materia. Para éste caso las Cuarenta Recomendaciones del GAFI³⁶.

2. La creación del derecho internacional.

La globalización ha traído como consecuencia una serie de cambios estructurales en el derecho. La privatización y la transnacionalización es una de las más importantes transformaciones; éstas se califican como transformaciones “materiales” porque se refieren al poder de determinar el contenido de las normas jurídicas. Hay otras transformaciones de carácter “formal” como la procedimentalización y la crisis de la imagen piramidal de los sistemas jurídicos.

³⁵ *Ibíd.*, p. 108.

³⁶ *Ibíd.*, p. 109.

Estos, al combinarse entre sí, dan lugar a fenómenos como la procedimentalización privatizadora y el pluralismo jurídico³⁷.

La formación del orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas; los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas de creación del derecho de gentes. No obstante, las principales formas de elaboración y manifestación de derechos y obligaciones siguen girando en torno de las normas consuetudinarias y de las convencionales, aunque no sean las únicas³⁸.

La existencia de la norma jurídica internacional se da sobre la base de un acuerdo, que puede ser escrito o verbal, entre dos o más sujetos del ordenamiento internacional que origina derechos y obligaciones, y cualquiera sea la denominación que reciba, será un tratado³⁹. Términos como convenciones, convenios, acuerdos, cartas, pactos, protocolos, estatutos, arreglos, ajustes, *modus vivendi*, concordatos, memorándum, canjes de nota, minutas, declaraciones, comunicados, programas de acción conjunta y todos los que libremente elijan los negociadores son tratados⁴⁰.

Son pues tres los elementos constitutivos de la norma jurídica de derecho internacional, sin importar la forma como se configuren para que surjan derechos y obligaciones entre los sujetos de derecho internacional: el consentimiento, - expresado por escrito o verbal (*i*), que ese consentimiento origine derechos y obligaciones en el ámbito internacional (*ii*), y que se dé entre sujetos de derecho internacional (*iii*)⁴¹. Los sujetos de derecho internacional son los Estados que

³⁷ *Ibíd.*, p. 97.

³⁸ Eric Tremolada. *Vicisitudes del derecho internacional*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 21.

³⁹ *Ibíd.*, p. 22.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 22.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 22.

actuando en calidad de tales, tienen subjetividad plena para asumir y exigir responsabilidad. Igualmente, los organismos internacionales, que después de ser creados con el consentimiento de los Estados, tienen una subjetividad internacional limitada, que, no obstante, no impide dar consentimiento para crear acuerdos que generen derechos y obligaciones en el derecho internacional.

Es por ello que la creación de derechos y obligaciones internacionales a través de actos internos de organizaciones internacionales, tienen la fuerza de norma jurídica internacional, porque tienen la facultad de expresar, mediante determinados actos de sus órganos, una voluntad propia, jurídicamente distinta a la de los Estados miembros, que se trata de actos propios en el marco de la cooperación internacional institucionalizada. Esa obligatoriedad del acto deriva del consentimiento manifestado expresamente por el Estado miembro en el momento de aceptación del tratado constitutivo⁴².

Se puede decir que el consentimiento estatal funge como un elemento clave, material y vertebrador de la formación del derecho, independientemente que se manifieste en forma consuetudinaria, convencional, a través de un acto unilateral o de un organismo internacional; es decir, no se trata de un catálogo cerrado de fuentes, sino que es adjetivo a la determinación de la existencia o inexistencia del consentimiento⁴³.

3. Déficit de democracia de las normas GAFI.

La democracia es el sistema de gobierno en el que mejor se puede sostener la ilusión de participar en todas aquellas decisiones que de alguna u otra manera nos afectan. Esa participación se hace con el estandarte de la soberanía popular, con la pretensión de dar contenido a la producción y aplicación de las normas que han

⁴² *Ibíd.*, p. 24.

⁴³ *Ibíd.*, p. 25.

de reglar la vida de la nación. Pero ésta pretensión se ve limitada por un *poder invisible* que actúa sobre todas las expresiones de la vida nacional con rostros parciales. Esa es la globalización, que con las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, condicionan el modo como el Estado regla la relación con los gobernados, quitando fuerza a la democracia y a la soberanía popular, para luego definir los comportamientos socioeconómicos de la cotidianidad ciudadana bajo la Recomendación de tener “*conocimiento del cliente*” en el espacio global.

En el anterior marco es como se manifiesta la pérdida de fuerza soberana para determinar cuál es el derecho que rige las relaciones –especialmente económicas y financieras- de un hombre de negocios, cuya vida está en constante relación con el sistema financiero y el tráfico de bienes y servicios públicos; pérdida de soberanía que deja en entredicho el cumplimiento de uno de los principales fines del Estado Social de Derecho, consistente en facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afecte en lo económico, político, administrativo y cultural de la Nación, haciendo vigente un orden justo. Pero no solamente es el cumplimiento de los fines constitucionales, sino en la desatención al principio democrático -del cual emana la mejor forma de gobierno conocida-, de que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo y del cual emana el poder público que se ejerce a través de la Rama Ejecutiva, la Rama Legislativa y la Rama Judicial.

Ciertamente, el GAFI es una creación del entonces G-7, un “club” de los estados más poderosos del planeta. Es decir, el GAFI no es una creación de las voluntades concordantes de la mayoría o todos los Estados, sino una respuesta de los países más desarrollados a un problema, el del blanqueo de capitales. No nace del consenso mundial, sino de la voluntad de unos pocos, los más fuertes. Así pues, carece de la legitimación democrática. Esta falta de legitimación podría

paliarse –al menos en parte- si se convirtiese al GAFI en un organismo especializado de ONU⁴⁴.

SECCIÓN SEGUNDA. LA SOBERANÍA EN LA PRODUCCIÓN JURÍDICA.

Los Estados han perdido poder de decisión con el proceso de globalización económica, lo que resulta notorio, especialmente, en el ámbito de la política económica, en donde son de gran trascendencia para el Estado-nación tres aspectos: los mercados financieros, las condiciones fiscales y laborales para las empresas transnacionales, y la deuda externa.

Las instituciones financieras que especulan en el mercado financiero, ejercen sobre las decisiones de los Estados lo que se ha denominado un auténtico poder de veto. La respuesta de los mercados financieros a la decisión adoptada por el gobierno en un tema de política económica, es observada como mecanismo de corrección económica. Es claro que en esas mismas circunstancias, el margen de maniobra varía de un país a otro: es superior el margen de maniobra de Alemania que el de Colombia. También es claro que en el mundo financiero, el único país que tiene autonomía es Estados Unidos, dado el papel privilegiado que juega su moneda en las transacciones internacionales *(i)*. De igual manera, la inversión de las empresas transnacionales obliga a negociar y a que se les ofrezcan condiciones fiscales y laborales atractivas para instalar sus plantas de producción. Esto se constituye en una disputa entre países para ganar el favor de la inversión *(ii)*. Así mismo, la deuda externa que soportan los países de Suramérica los hace dependientes de organismos multilaterales como el FMI y el BM, que condicionan su ayuda a la adopción de medidas de política económica, como las conocidas recetas del FMI o el hecho de que el BM supedite la concesión de créditos a la adopción de ciertas medidas económicas *(iii)*. Así se puede decir entonces, que en

⁴⁴ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.*, p 300.

el marco de la globalización neoliberal el Estado no ha dejado de intervenir en la economía, pero lo hace desde un propósito diferente al del Estado de bienestar⁴⁵.

1. La soberanía.

David Held, citado por Araujo Estévez, distingue entre soberanía y autonomía. La autonomía es la capacidad efectiva de un Estado de poner en práctica sus decisiones; y la soberanía es la legitimidad de su poder; pero no aclara qué relación hay entre una y la otra, como para decir qué grado de autonomía debe tener o perder un Estado para ser o dejar de ser soberano⁴⁶.

Igualmente, Araujo Estévez citando a Negri y Hardt, dice que la soberanía tiene un carácter “trascendente”, es decir, que aparece situada en un “plano superior” al de la realidad social y económica, tanto si su titular es el monarca, el Estado o el pueblo. Esa idea de plano superior se puede entender en varios sentidos como: autonomía operativa, criterios de funcionamiento diferente e independiente de las otras esferas sociales, superior capacidad de discernimiento, etc; en cualquier caso pone de manifiesto la independencia del poder soberano, su separación de la sociedad. El proceso de abstracción conduce a veces a la imagen equivocada de que el Estado y sus recursos son absolutamente independientes del poder económico o de que el Estado está incontestablemente por encima de cualquier otro poder social⁴⁷.

¿Qué se entiende entonces por poder soberano? Es necesario, primero, diferenciar la dimensión material y la dimensión simbólica del poder del Estado. Y segundo, diferenciar la dimensión externa de la interna de ese poder. Es así como la respuesta a esta pregunta pasa por saber cuáles son los efectos de la globalización sobre la soberanía.

⁴⁵ José Antonio Estévez Araújo. *Op. Cit.*, p. 73-75

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 76.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 76.

La soberanía interna es la superioridad del poder sobre cualquier otro en el territorio, en el que no hay ninguna fuerza interior que se le sobrepusiera y pone de relieve la faceta material de que efectivamente se es más poderoso que cualquier otra fuerza social: ese poder estatal es a lo que se denomina “monopolio de la violencia”. En un segundo momento histórico, la superioridad del poder soberano no se plantea solo respecto de otras instituciones o grupos dotados de fuerza militar, sino también respecto del poder económico. Capella, citado por Araujo Estévez, dice que esta nueva dimensión no fue “captada” por el pensamiento político moderno, de raíz liberal, que mantuvo como dogma la separación entre economía y política y la superioridad de la política sobre la economía. Esta faceta del poder soberano interno, es decir, la capacidad de imponer sus decisiones a los poderes económicos, ha entrado en crisis como consecuencia de la globalización⁴⁸.

Además de la vertiente material del poder soberano existe otra simbólica, en la que las cosas y los hechos que nos rodean tienen un significado. Es así como ‘la dimensión simbólica de la soberanía interna consiste en que al poder político se le reconoce la autoridad de decidir en última instancia y que, por tanto, sus decisiones no son susceptibles de apelación ni control. El poder soberano pretende, incluso, ser reconocido como la fuente de toda autoridad en el ámbito del territorio dominado por él, de modo que las instituciones no estatales (iglesia, asociaciones de intereses, la academias) tendrían autoridad en tanto que y en la medida en que el Estado se la reconociese. Como el poder del Estado se ejerce en buena parte por medio del derecho, la dimensión simbólica de la soberanía interna contiene la facultad de decidir en última instancia lo que es derecho y lo que no lo es’⁴⁹.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 97.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 81.

Igualmente, Araujo Estévez, citando al francés Bodin, llama marcas de la soberanía a cuatro poderes que la caracterizan a saber: el poder de declarar la guerra (i); el poder de dictar las leyes (ii); el poder de decidir en última instancia (iii); y el poder de suspender la vigencia de las leyes (iv). La primera pertenece a la soberanía externa y las otras tres a la dimensión simbólica de la soberanía interna que a la vez son manifestaciones de la facultad de decir la última palabra acerca de lo que es derecho y de lo que no es. En el Estado de derecho o en el Estado constitucional estas marcas fueron entregadas por competencia, sin que por ello afectaran la unidad de la soberanía del Estado⁵⁰.

Como condición y consecuencia de la inexistencia de poderes mundiales irresistibles se presenta la soberanía externa en una dimensión material, pues no puede existir un poder que sea tan omnipotente respecto de los estados como lo es el Estado respecto de los individuos aislados. Esta situación genera un pluriverso, un conjunto de entidades no sometidas a un poder universal: el mundo no es universo político. Desde la dimensión simbólica de la soberanía externa se traduce en que no existe ninguna instancia supraestatal con capacidad de dictar imperativos jurídicamente vinculante. Ningún Estado tiene tampoco la facultad de dictar mandatos obligatorios a otros Estados; por ello, los Estados soberanos detentan el monopolio de tener voz en el pluriverso político y solo así se puede crear derecho internacional con base en su voluntad, pues para los otros Estados cada Estado es una unidad⁵¹.

No obstante, hay factores que transforman la soberanía. La atribución del carácter soberano del Estado no permite contemplar dónde se adoptan las decisiones realmente y quién tiene el poder real de tomarlas. Bonvecchio, citado por Araujo, dice: "...en la actualidad la soberanía del Estado es una "apariencia", o una "mentira del poder", en el sentido de que es un "velo" que oculta otras formas de

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 81 y 82.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 83-85.

poder que no tiene nada que ver con lo estatal”, como es el poder de los *lobbies* y las corporaciones económicas⁵².

La soberanía tiene un carácter trascendente que pone de manifiesto su independencia, su separación de la sociedad, que le da preeminencia al poder político como condición necesaria de la soberanía interna material. Capella dice que al concepto de soberanía subyace la separación radical de los ámbitos público y privado, o sea, su autonomía recíproca. “Por su parte, Habermas entiende la separación de Estado y Sociedad como la exigencia del Estado de derecho de que el poder social (incluido el poder económico) no puede transmutarse en poder político sin pasar por los filtros del control democrático”. La separación del Estado de la sociedad ha entrado en crisis por la concentración de poder en las empresas privadas, lo que implica pérdida de soberanía económica del Estado, en el que ha perdido los mecanismo de control sobre la producción y las finanzas: ha perdido el poder de fijar y mantener el valor de su moneda, la potestad impositiva sobre las empresas, capacidad de proteger a sus trabajadores y su sindicatos, de instaurar monopolios, proteger las empresa nacionales, etc. Es decir, el Estado se ha topado con un ‘soberano *supraestatal difuso*’: poder estratégico conjunto de las empresas trasnacionales, como lo dice Capella. Se presenta el dilema de tener la competencia jurídica de decidir, frente al poder real de decidir⁵³.

También el territorio queda desdibujado por la acción del proceso de globalización: lo que ocurre dentro del territorio de un Estado puede resultar condicionado más intensamente por actividades que se realizan fuera de él. Lo que se ve incrementado por las nuevas tecnologías de la información, la permeabilidad de las fronteras, el espacio virtual, etc.⁵⁴

⁵² *Ibíd.*, p. 88.

⁵³ *Ibíd.*, p. 86 y 87.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 89 y 90.

Así las cosas, el mundo ha dejado de ser un pluriverso de Estados soberanos. La dimensión simbólica de la soberanía del Estado empezó a cuestionarse después de la I Guerra Mundial, al surgir una organización internacional para decidir con competencia sobre los Estados, hoy, las Naciones Unidas. No obstante, la globalización ha traído un proceso de restricción de la capacidad de actuación de organizaciones universalistas e igualitarias, como la ONU y la Unesco, y ha creado o incrementado el poder de organizaciones internacionales excluyentes, o de voto ponderado: el G-10, que excluye la inmensa mayoría de los Estados; el FMI y el BM en donde la facultad de decidir se “pondera” en función del poder económico. Estas organizaciones tienen la facultad de dictar decisiones jurídicamente vinculantes, con lo cual se constituyen en instrumento por medio del cual se legaliza el poder de unos estados sobre otros. Al poder que de hecho se ejerce sobre otros estados mediante presiones de diverso tipo, se suman ahora las mayores facultades de decisión dentro de las organizaciones supraestatales o multilaterales. Pero, además, las empresas trasnacionales son entidades poderosas dentro de las entidades no oficiales que condicionan las decisiones de los estados en materia de política económica, con un carácter profundamente autoritario⁵⁵.

SECCIÓN TERCERA. LA GLOBALIZACIÓN NORMATIVA.

La transnacionalización del derecho es la manifestación consistente en que el contenido de las normas jurídicas que dicta un Estado vienen determinadas decisivamente por otros estados, por organismos de carácter supranacional u organismo multilaterales como el FMI y el BM, o por otros agentes que operan en el espacio global como las compañías multinacionales. La transnacionalización es una manifestación en el ámbito de la creación del derecho que trasluce la pérdida de soberanía en sus facetas material y simbólica. Esta se manifiesta de tres maneras: “*la unificación*, se dictan normas directamente aplicables de derecho

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 91-93.

internacional o de derecho regional a la que los derechos estatales quedan subordinados por ser jerárquicamente superior; *la armonización*, cuando se dictan normas de derecho internacional o regional que imponen unos principios o criterios básicos que los estados deben seguir en el dictado de sus propias normas en relación con una determinada materia; y *la uniformización*, se da cuando en diversos estados rigen normas de derecho interno, pero idénticas, en una determinada materia”⁵⁶.

Así, el Comité de Basilea establece la necesidad de que se adopten los principios y estándares de regulación y vigilancia del sistema financiero; para ello, el G-7 (compuesto por los países de Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, Japón y Canadá) y el presidente de la Comisión Europea, en la Cumbre Económica de 1989, realizada en París, crean el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), como instrumento específico para la lucha contra el lavado de activos o blanqueo de capitales; órgano con el que se da desarrollo al principio 29 del Comité de Basilea para evitar la utilización abusiva de los servicios financieros. El GAFI desarrolla su tarea con la misma informalidad legal y procedimental como opera el Comité de Basilea, para evitar expresarse en términos que denoten acuerdo o mandato; es así como sus prescripciones las denominan “recomendaciones”.

No obstante, el plano en que se desarrolla la regulación y vigilancia de los principios y estándares del Comité de Basilea, bajo las estrictas reglas de diligencia debida con la clientela, que es lo que se desarrolla y complementa con el documento que expide el GAFI denominado las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, se advierte el eufemismo utilizado al otorgar responsabilidades de monitoreo y cumplimiento al FMI y al BM. La actuación de estos organismos multilaterales sobre los Estados receptores de asistencia financiera, es más que una mera recomendación. Las prescripciones del Comité de Basilea y, en

⁵⁶ *Ibíd.*, p 109.

particular, las Recomendaciones del GAFI, presentadas en marcos generales, terminan siendo el contenido de la norma jurídica que se adopta en el derecho interno de los Estados. Dicho de otra manera, para la producción jurídica en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, los países receptores de asistencia financiera no tienen el poder real de decidir el contenido de esas normas, pero sí tienen la competencia jurídica para hacerla, la cual es instrumentalizada por los detentadores del poder en el sistema financiero internacional desde Basilea: el G-7 y el GAFI, además de la ONU, el FMI y el BM.

Por ello, los países receptores de asistencia financiera solamente se ocupan de la legalidad de los procedimientos para dictar la norma, creándose la ilusión de que los órganos designados por la democracia como titular de la competencia es quien toma realmente la decisión. “Es decir, se crea una identificación que no corresponde con la realidad entre una condición jurídica de validez de las normas (que sean formalmente dictadas por el órgano que tiene competencia para ello), y una cuestión de hecho relativa a los campos de fuerza que han determinado que esa decisión tenga un contenido y no otro”⁵⁷.

Esta es la manera como se daría la transnacionalización del derecho en las modalidades de uniformización, en la que rigen la misma norma de derecho interno en los estados en que tiene injerencia del FMI y el BM, y la armonización, que con respecto al Comité de Basilea, tiene aplicación solo en cuanto que el GAFI (como organismo intergubernamental) desarrolla el principio 29, que se impone como criterio básico para que los estados dicten sus propias normas frente a la utilización abusiva de los servicios financieros.

El contenido de las prescripciones del Comité de Basilea, desarrolladas luego por las Recomendaciones del GAFI, son el producto de la discusión y necesidades de actores privados del mundo global que actúan bajo intereses gremiales, pues las

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 88.

decisiones del primero tienen un carácter fundamentalmente autoritario, en cuanto que el segundo toma ese contenido normativo y lo reviste de norma del derecho internacional por su condición de organismo intergubernamental.

El déficit de democracia en la producción de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI está en que las prescripciones del Comité de Basilea llegan al derecho interno agotando mecanismos de presión para la uniformización normativa, y luego los procedimientos de legalización conforme al derecho interno.

Por ello, se afirma que el proceso de globalización está constituyendo Estados abiertos, de fronteras porosas y dependientes de las estructuras económicas del mundo; en donde la concentración de poder económico en corporaciones transnacionales y la instrumentalización de las instituciones multilaterales, permite espacios en los que la soberanía del Estado-nación es cada vez menor. Por lo tanto se afectan directamente las estructuras del derecho interno y se hace que el contenido de la norma jurídica sea determinado, o al menos condicionado, por actores privados.

El G-7, G-10, la ONU, el FMI, el BM, etc., como instituciones multilaterales con poder de decisión sobre los estados, y las organizaciones transnacionales -como las multinacionales-, establecen un espacio global en el que la relación de interdependencia hace posible la imposición de contenidos normativos que luego aparecen como producción jurídica del derecho interno, lesionando la soberanía del Estado y creando falsas aspiraciones en el contenido democrático del ejercicio del poder.

La participación democrática tiene la aspiración -y el contenido constitucional- de incidir en todas las decisiones que puedan afectar el ejercicio de derechos y garantías legales y constitucionales del ciudadano; aspiración que no puede estar condicionada por intervenciones extraterritoriales. No hace parte del escenario de

la democracia compartir la voluntad soberana de decidir la suerte de la nación al contar con los instrumentos de participación que presentan un marco definido y concreto. Lo contrario, es ver salpicadas las decisiones claras, espontáneas y libres de quienes participan de la constitución del poder democrático y de la nación.

Vamos, pues, a mirar cómo las decisiones internacionales se enlazan en la estructura legal del Estado, siguiendo la ruta de actores privados que definen el contenido de la norma (Comité de Basilea); cómo se adopta en el derecho internacional (G-7 y el GAFI); cómo se estructura para buscar eficacia de su contenido (Cuarenta Recomendaciones del GAFI), y cómo llega a la institucionalidad del Estado con la creación de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y demás normativa que la desarrolla y complementa.

1. La creación del GAFI.

1.1 Antecedentes.

La globalización ha traído consecuencias de diferente naturaleza que hacen repensar la vida cotidiana del hombre. Ya no es la delimitación territorial la que determina el entorno social, laboral, comercial, financiero y legal de un hombre de negocios, sino que es un espacios ilimitado y condicionado por actores que no están legitimados por el Estado que referencia y determina la condición política de ser ciudadano de una determinada nación. Por fuerza, el “Estado ha perdido el poder de determinar autónomamente el contenido del derecho y éste poder ha sido traspasado a las grandes empresas y grupos de interés económico (privatización) y a otros estados u organizaciones supraestatales (transnacionalización)”⁵⁸.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 8.

Esa globalización ha diluido las fronteras entre los estados y también las ha vuelto porosas.

La globalización del mercado trajo consigo la globalización de la criminalidad. Así se llegó al uso del sistema financiero para la ejecución de actividades ilícitas transnacionales, como consecuencia también de la mundialización del mercado de narcóticos y sustancias sicotrópicas. El 'ojo avizor' de las autoridades bancarias mundiales, que desde 1974 tiene la misión de observar el desarrollo del mercado financiero, provocó la aprobación de la *'Convención de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias sicotrópicas'*, el 20 de diciembre de 1988, en Viena, Suiza, cuyo propósito fundamental es la armonización del derecho penal sustantivo en relación con los estupefacientes y la homologación de las normas existentes sobre el control del lavado de activos. También procura, estimular la cooperación judicial entre los estados partes, organizar y regular la reserva bancaria, con el fin de atacar legalmente los paraísos fiscales, tipificar con sanción penal conductas relacionadas con estupefacientes, la conversión o transferencia de bienes que procedan de alguna conducta vinculada con estupefacientes con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a eludir la participación o las consecuencias jurídicas de sus acciones. La ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados en relación con estupefacientes, como también la adquisición, la posesión o la utilización de bienes⁵⁹. Ese mismo años se dictaron los principios del Comité de Basilea.

Esta convención fue adoptada en Colombia por la Ley 67 de 1993.

⁵⁹ Hernando A Hernández Quintero. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá, 5ª edición. Editorial Ibáñez. 2008, p. 490 y 491.

1.2 El contenido normativo del GAFI.

Se hace referencia a las normas del GAFI como la prescripción normativa construida a partir de los principios del Comité de Basilea, en particular del principio 29 de “Utilización abusiva de servicios financieros”, establecido para conjurar las dificultades del sistema financiero internacional que se presentaron en 1974. Esa prescripción es revisada y ampliada para que continúe sirviendo de marco general para su adopción normativa en países sometidos por compromiso o por condicionamiento de los organismos multilaterales encargados de hacer vigilancia a los estándares de seguridad financiera, como el FMI⁶⁰ y BM, entre otros.

La creación del Comité de Basilea es la respuesta a la crisis financiera: estableció los principios de gobernanza del sistema financiero. La creación del GAFI es la respuesta a un tema puntual: el uso del sistema financiero por las organizaciones criminales; desarrolla y aplica uno de los principios establecidos por el Comité, conocido como principio de “Utilización abusiva de servicios financieros”.

El Comité de Basilea surgió como consecuencia del cierre del Bankhaus Herstatt, en Colonia, Alemania, por lo que el Chase Manhattan de Nueva York, Estados Unidos, se rehusó a cumplir órdenes de pago. Esto llevaría al colapso de pagos en Norteamérica y en el sistema financiero internacional. Los gobernadores de los bancos centrales de G-10⁶¹, expidieron un comunicado con mensaje de total

⁶⁰ (El FMI), organización internacional universal de carácter técnico, que tiene el estatuto de organismo especializado de la Naciones Unidas. Es el eje del actual sistema monetario internacional y sus funciones consisten, básicamente, en supervisar la política de tipos de cambio de sus Estados miembros, vigilar la gestión de las políticas económicas nacionales para evitar las crisis financieras y prestar dinero a los países con problemas en la balanza de pagos. Manuel López Escudero. *El sistema monetario internacional (I): Grupos, foros y organizaciones internacionales*. En: Luís M Hinojosa Martínez y Javier Roldan Barbero (Coords). *Derecho internacional económico*. Madrid, 2010. p 255.

⁶¹ G-10, (Autoridades Bancaria de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Suiza, Reino Unido y los Estados Unidos) que agrupa desde 1963 a los diez países que pusieron a disposición del FMI recursos no incluidos en sus respectivas cuotas en

respaldo a la liquidez del sistema de pagos internacionales. Fue un comité permanente de supervisores encargado de desarrollar principios y reglas apropiados sobre prácticas de regulación y supervisión de los mercados bancarios⁶², que reporta a tales gobernadores el desarrollo de herramientas de prevención de crisis financieras⁶³.

En la cumbre económica de 1989, los países que integran el G-7, (Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, El Reino Unido, Italia, y Canadá), y el presidente de la Comisión Europea, crearon el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) o *Financial Action Task Force (FATF)*, que en 1990 estableció cuarenta recomendaciones en relación con el lavado de activos, las cuales buscan, prioritariamente, la identificación del cliente, la criminalización del lavado de activos, el incentivo para el denuncia de transacciones sospechosas, refuerzo de los controles internos, auditorías y capacitación del personal bancario, así como la cooperación internacional en el control de tales actividades ilícitas. Estas recomendaciones constituyen lo básico para la supervisión de los controles al

aplicación de los Acuerdos Generales sobre Obtención de Préstamos, países a los que se unió Suiza en 1964. El G-10 se ocupa principalmente de la supervisión y control del sistema financiero. Manuel López Escudero. *El sistema monetario internacional (I): Grupos, foros y organizaciones internacionales*. En: Luís M Hinojosa Martínez y Javier Roldan Barbero (Coords). *Derecho internacional económico*. Madrid, 2010. p 256. También en: Mauricio Baquero Herrera, M. *Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria*. Carlos A. Ramírez Cleves, Editor, El derecho en el contexto de la globalización. Bogotá. 1ª edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007, p 425-492.

⁶² Entre 1985 y 1989 el Comité de Basilea trabajó en otros frentes profiriendo interesantes documentos, entre ellos medidas para prevenir el uso criminal del sistema financiero en actividades de lavado de dinero. Durante la década de 1990, hasta hoy, el trabajo se ha dirigido, en general, a cinco frentes, entre ellos al lavado de activos y financiamiento de actividades terroristas. Por los hechos del 11 de septiembre de 2001 y del incremento de las actividades de lavado de activos, el Comité de Basilea ha proferido principios y guías al respecto, así como en las áreas de contabilidad y auditoría, transparencia y revelación de información. Mauricio Baquero Herrera, M. *Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria*. Carlos A. Ramírez Cleves, Editor, El derecho en el contexto de la globalización. Bogotá. 1ª edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 436, 443-445 y 453.

⁶³ Mauricio Baquero Herrera, M. *Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria*. Carlos A. Ramírez Cleves, Editor, El derecho en el contexto de la globalización. Bogotá. 1ª edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007, p 427.

sistema financiero, y evitar que las entidades bancarias sean utilizadas para el lavado de activos⁶⁴.

El G-10⁶⁵, en la Cumbre de Lyon de 1996, determinó la necesidad de establecer una estrategia para tratar de evitar la ocurrencia de tales crisis en un mundo cada vez más globalizado: implementó estándares internacionales, otorgándole al FMI y al BM, nuevas responsabilidades. La amalgama de estándares se ha incrementado y las instituciones multilaterales, como éstas especialmente, se han transformado en monitores del cumplimiento de tales estándares y principios por parte de países receptores de asistencia financiera. Son doce los estándares clave para obtener sistemas financieros sólidos, producto de la amalgama de instituciones internacionales encargadas de proferirlos, entre las que se encuentra el GAFI con sus Cuarenta Recomendaciones⁶⁶.

Entre los principios que estipula el Comité de Basilea, tenemos el principio 29⁶⁷, que es el que establece los fines de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI:

Principio 29 – Utilización abusiva de servicios financieros: *el supervisor verifica que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados, incluidas estrictas reglas de diligencia debida con la clientela, para promover normas éticas y profesionales de alto nivel en el sector financiero e impedir que el banco sea utilizado, intencionalmente o no, con fines delictivos.*

En 1988 se profiere la declaración de los principios de Basilea, también conocida como la de *‘Prevención del uso delictivo del sistema bancario con el propósito de lavar dinero’*, en la que se convino que todos los bancos deben procurar la identificación de sus clientes, y se precisa:

⁶⁴ Hernando A Hernández Quintero. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá, 5ª edición. Editorial Ibáñez. 2008, p. 492.

⁶⁵ G-10, compuesto por autoridades bancaria de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Suiza, Reino Unido y los Estados Unidos)

⁶⁶ Mauricio Baquero Herrera, M. *Op. Cit.* p. 447 y 448.

⁶⁷ Este tiene la redacción de la última revisión de los principios del Comité de Basilea; antes estaba ubicado en el principio 15.

*'Con el fin de estar seguros de que el sistema financiero no es utilizado como medio para fines delictivos, los bancos deben hacer esfuerzos razonables para establecer la verdadera identidad de todos los clientes que requieren los servicios de la institución. Especial atención se deberá dar a la identidad de los titulares de todas las cuentas y de aquellos que hacen uso de las facilidades de seguridad. Todos los bancos deberían adoptar procedimientos efectivos para obtener la identificación de los nuevos clientes. Debe ser políticas explícitas del banco que importantes transacciones no se efectúen con clientes que no produzcan evidencia de su identidad'*⁶⁸.

*'La finalidad de los principios es la de servir como instrumento de medición de la eficiencia de la supervisión bancaria en todos los países. La preocupación del Comité de Basilea por proferir un documento adicional con la metodología revela, además, que la tarea de revisión y cumplimiento por parte del FMI y del Banco Mundial se ha afinado también. En tal sentido, el reto sigue siendo su implementación, lo cual nos lleva a considerar si lo mismos deben ser adoptados o adaptados por los supervisores'*⁶⁹.

Es así, para lo que interesa en este trabajo, que el origen último de las normas que se adoptan para prevenir el uso delictivo del sistema financiero en el lavado de activos parte de la cumbre de banqueros de 1974 en Basilea, la que desde entonces ha establecido estándares y principios que son fundamento normativo de la funcionalidad del sistema financiero de los países que son receptores de asistencia financiera internacional. La bancarización -entendida como desarrollo de actividades sociales y económicas de manera creciente a través de los bancos- es promocionada como una necesidad nacional en donde, cada vez más, las actividades cotidianas se hacen pasar por el sistema financiero, convirtiéndolo en tamiz de la actividad comercial bajo los principios y estándares del Comité de Basilea para el lavado de activos y financiación del terrorismo. Además, se instrumentaliza a organismos multilaterales -el FMI y al BM- en monitores para el cumplimiento de los principios y estándares del Comité de Basilea, incrementando el poder coercitivo de estos organismos en las políticas macroeconómicas de cada país.

⁶⁸ Hernando A Hernández Quintero. *Op. Cit.* p. 491-492.

⁶⁹ Mauricio Baquero Herrera, M. *Op. Cit.*, p. 490.

Con base en lo expuesto, el G-7 crea el GAFI en 1989 como organismo intergubernamental dedicado a desarrollar e implementar la “debida diligencia del cliente” o “debido conocimiento del cliente” o “diligencia debida con la clientela”, bajo el epígrafe de hoy⁷⁰ de “*Utilización abusiva de servicios financieros*”. El GAFI es entonces un instrumento de aplicación del principio 29 del Comité de Basilea; bajo este mandato el GAFI crea el documento de las Cuarenta Recomendaciones, con la posterior responsabilidad otorgada por la ONU al FMI y el BM de monitorear su desarrollo y cumplimiento.

1.3 El GAFI y las Recomendaciones.

No se trata de una organización internacional creada de modo formal; se trata más bien de una organización *ad-hoc*, con límite temporal, que recibe un “mandato” otorgado por los Gobiernos de los países miembros (del G-7). Este mandato fue renovado en 2004 por ocho años. Pero el Consejo de Seguridad de la ONU, mediante Resolución 1617 de julio de 2005, urgió a los Estados miembros a implementar los estándares internacionales comprendidos en las Cuarenta Recomendaciones para la prevención del blanqueo de capitales. Constituye un reconocimiento explícito de que se trata del organismo internacional de mayor importancia en la lucha contra el blanqueo de capitales⁷¹.

Actualmente está integrado por 32 países⁷² y dos organismos internacionales, la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo⁷³. Entre sus miembros se encuentran los principales centros financieros de Europa, América del Norte, del Sur, y Asia. Desde 2006 tienen estatus de miembros el Grupo de Acción

⁷⁰ La revisión periódica de los Principios del Comité de Basilea, permite actualizar su contenido, adecuar su epígrafe y su ubicación.

⁷¹ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.* p. 292 y 293.

⁷² Ellos son, Alemania; Argentina; Australia; Austria; Bélgica; Brasil; Canadá; China; Dinamarca; España; Estados Unidos; Finlandia; Francia; Grecia; Hong Kong; Irlanda; Islandia; Italia; Japón; Luxemburgo; México; Noruega; Nueva Zelanda; Reino de los Países Bajos; Portugal; Reino Unido; Rusia; Singapur; Sudáfrica; Suecia; Suiza y Turquía.

⁷³ Ellos son, Estados de Bahrein, Kuwait, Omán, Qatar, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos.

Financiera para Sudamérica (GAFISUD)⁷⁴, el Grupo de Acción Financiera Internacional de Caribe (GAFIC)⁷⁵, entre otros de la misma naturaleza y más de 20 observadores⁷⁶. Es un organismo multidisciplinario (condición fundamental para luchar contra el blanqueo de capitales) que reúne a expertos encargados de adoptar medidas sobre cuestiones jurídicas, financieras y operativas⁷⁷.

La libre circulación de bienes y servicios entre los Estados ha exigido la regulación de actividades en un contexto supraestatal, con la intervención de actores no democráticos, necesitados de regulaciones de interés económico, primeramente del sector financiero.

Dentro de las cuarenta recomendaciones está la de adecuar la legislación interna de cada país para facilitar la lucha contra el lavado, y la creación de una institución que recogiera y sistematizara la información. Esas son la Unidades de Inteligencia

⁷⁴ GAFISUD, nació el 8 de diciembre de 2000, en Cartagena de Indias, Colombia. Su sede radica en Buenos Aires, Argentina. Es una organización intergubernamental de tipo regional a semejanza del GAFI. Forman parte de él nueve países miembros (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay), seis países observadores (Alemania, España, Estados Unidos, Francia, México y Portugal), cinco organismos internacionales con estatus de observador (Banco Mundial, BID, Grupo Egmont, FMI y NNUU) y una organización asesora, la OEA/CICAD. España es miembro observador del GAFISUD, aportando expertos para las evaluaciones, y es el primer contribuyente neto de la organización. Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.*, p. 301 y 302.

⁷⁵ GAFIC, compuesto por 26 miembros (Anguilla, Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Bermuda, Costa Rica, Dominicana, Granada, Haití, Islas Caimán, Islas Turcos y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Jamaica, Montserrat, Antillas Holandesas, Nicaragua, Panamá, S. Kitts y Nevis, Sta Lucía, S. Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Venezuela.) Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.*, p. 302.

⁷⁶ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.*, p. 293.

⁷⁷ Otros organismos internacionales comprometidos con la misión y objetivos del GAFI : Banco Africano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo, Secretaría de Commonwealth, Grupo Egmont, Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (EBRD), Banco Central Europeo (ECB), Europol, Banco Interamericano de Desarrollo (IDB), Fondo Monetario Internacional (IMF), Interpol, Organización Internacional de Comisión de Valores (IOSCO), Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD), Grupo offshore de supervisores bancarios (OGBS), Oficina de Naciones Unidas contra la droga (UNODC), Comité de lucha contra el terrorismo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Banco Mundial, Organización mundial de aduanas (WCO), Grupo de Acción Intergubernamental contra el blanqueo en África (GIABA), Asociación Internacional de Supervisores de seguros (IAIS), Organización de Estados Americanos/Comité Interamericano contra el terrorismo(OAS/CICTE), Organización de cooperación Económica y Desarrollo(OECD)⁴.

Financiera (UIF). Así nace la UIAF en Colombia, como homóloga de otras tantas en la región y el mundo.

En este marco se proponen desarrollar la producción jurídica en versiones como la uniformización y la armonización⁷⁸ normativa con la creación del GAFI y su función en el entramado institucional internacional y, luego, mostrar la creación de la UIAF como una consecuencia directa de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, cuyo designio es cumplir los propósitos de lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo.

La necesidad de abarcar todos los aspectos relevantes de la lucha contra el blanqueo de capitales se refleja en el conjunto de las cuarenta recomendaciones que el GAFI ha decidido aplicar y cuya adopción se promueve en todos los países. Las Recomendaciones se redactaron inicialmente en 1990; se revisan para reflejar la experiencia y los cambios experimentados en materia de lavado de activos. La última revisión fue hecha en 2012.

Las Recomendaciones constituyen el marco básico de lucha contra el lavado de activos y han sido concebidas para una aplicación universal. Abarcan el sistema jurídico penal y policial, el sistema financiero y su reglamentación, y la cooperación internacional.

Desde el principio se reconoció que los países tienen sistemas jurídicos y financieros diferentes, de modo que todos ellos no pueden adoptar las mismas medidas. Por lo tanto, las recomendaciones constituyen los principios de acción en materia de lavado de activos que los países deben aplicar, de acuerdo con sus

⁷⁸ Uniformización, se da cuando en diversos estados rigen normas de derecho interno, pero idénticas, en una determinada materia; la armonización, se da cuando se dictan normas de derecho internacional o regional que imponen unos principios o criterios básicos que los Estados deben seguir. José Antonio Estévez Araújo. *El revés del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006. p 108.

circunstancias particulares y su marco constitucional, dejando a los países cierta flexibilidad en su aplicación, en lugar de obligarlos a cumplir todos los detalles.

Los miembros del GAFI se han comprometido claramente a aceptar la disciplina de una vigilancia multilateral y de evaluaciones mutuas. La aplicación de las recomendaciones por parte de los países miembros se supervisa a través de un doble enfoque: un ejercicio anual de autoevaluación y un proceso más detallado de evaluación mutua según el cual cada país miembro está sujeto a un examen sobre el terreno. Además, el GAFI realiza exámenes horizontales de las medidas adoptadas para aplicar determinadas recomendaciones.

Estas medidas son esenciales para el establecimiento de un marco eficaz contra el lavado de activos.

1.3.1 Objetivos y metodología.

Los objetivos del GAFI son, esencialmente, establecer los estándares internacionales en la lucha contra el blanqueo de capitales (lo que lleva a cabo mediante la concepción y permanente actualización de las Cuarenta Recomendaciones), así como evaluar su aplicación por parte de los países miembros. Las Cuarenta Recomendaciones son el principal instrumento generado por este organismo y contiene una amplia panoplia de medidas que considera deben aplicar los Estados. Fueron expedidas en abril de 1990 y revisadas en 1996 y, nuevamente, el 23 de junio de 2003. Como consecuencia de los hechos de 2001 (11 de septiembre) se redactaron ocho Recomendaciones más en octubre de ese mismo año y una más en octubre de 2004. Estas nuevas Recomendaciones fueron refundidas en las cuarenta iniciales en la revisión que se hizo en 2012⁷⁹.

⁷⁹ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.* p. 294.

El GAFI se encarga de estudiar los nuevos métodos y tendencias del blanqueo de capitales. Respecto a la metodología que emplea, últimamente se efectúan autoevaluaciones sobre aspectos jurídicos y financieros, de periodicidad anual; también se llevan a cabo las “evaluaciones horizontales”, sobre una determinada cuestión. Del informe final resultante se derivará la necesidad de reformas internas en el país evaluado para mejorar su cumplimiento de los estándares, que serán objeto de control por el GAFI de forma periódica. El GAFI publicó una lista de países y territorios no cooperantes (PTNC) en el años 2000, lo que constituyó un arma formidable para presionar a las jurisdicciones incluidas en la lista para implementar las Cuarenta Recomendaciones (por los perjuicios que para las empresas de dichas jurisdicciones conllevaba su inclusión)⁸⁰.

Desde su fundación, el GAFI ha centrado su actividad en tres áreas fundamentales: elaborar normas, controlar su cumplimiento e identificar las nuevas amenazas de blanqueo y la financiación del terrorismo; sin embargo, habrá de enfrentarse a las amenazas emergentes, fundamentalmente, el “financiamiento de la proliferación” de armas nucleares, químicas o biológicas y elementos conexos así como a su entrega, y las vulnerabilidades consustanciales a las nuevas tecnologías⁸¹.

El Grupo de Examen de Cuestiones de Cooperación Internacional del GAFI lleva a cabo la vigilancia para identificar, estudiar y comprometerse con las jurisdicciones vulnerables. El GAFI insiste en este procedimiento, para sensibilizar a estos países o reaccionar ante ellos, si se niegan a situarse al lado del GAFI o del organismo regional adecuado, o se niegan a reformar su sistema. Se continuará produciendo estos estudios sobre métodos, tenencias y técnicas de blanqueo de

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 295.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 298.

capitales, que seguirán constituyendo la base para la elaboración de normas nacionales e internacionales⁸².

Los Estados miembros del GAFI constituyen los principales centros financieros internacionales y son bastante representativos de los distintos sistemas geográficos y políticos existentes en el planeta. Unido esto a la estructura de los organismos regionales tipo GAFI, hace que se haya organizado una “red” a escala global, que permiten que concurren en el GAFI las voluntades de todos ellos, así como en todos ellos la voluntad del GAFI⁸³.

1.3.2 El sistema de inteligencia.

Para sentar la importancia del GAFI en el propósito de estructurar un sistema de información de inteligencia financiera, se recomienda la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF); para éste tema tomamos a Luís Manuel Lombardero Expósito⁸⁴, para ello.

Para luchar contra el blanqueo de capitales, los bancos y otras instituciones financieras son una importante fuente de información. Los distintos Estados fueron convenciéndose de que el sistema de información que suponía ese flujo de datos debía convertirse en un sistema de inteligencia, por lo que era preciso disponer de una oficina u organismo central encargado de evaluar y procesar los datos recibidos. Estos organismos son actualmente conocidos como Unidades de Inteligencia Financiera (UIF). Las UIF ofrecen la posibilidad de intercambiar rápidamente información entre las instituciones financieras y las autoridades de ejecución de la ley y encausamiento, al igual que entre las distintas jurisdicciones.

⁸² *Ibíd.*, p. 298 y 299.

⁸³ *Ibíd.*, p. 300.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 307-310.

Las funciones básicas y comunes de las UIF vienen establecidas en el Derecho Internacional. La Convención de Palermo (art 7-1b) habla de “(...) una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de la información sobre posibles actividades de blanqueo de dineros. La Convención de la ONU sobre la corrupción (art 14, 1b), se pronuncia en idéntico sentido. También, pese a su nula fuerza jurídica pero a consecuencia de su trascendental influencia, traemos a colación las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, que en revisión de 2003, dijo: “Los países deberían crear una UIF que se desempeñe como organismo central nacional para la recepción (y si estuviera permitido la solicitud), el análisis y la divulgación de ROS (Reportes de Operaciones Sospechosas) y otra información relacionada con un posible lavado de activos y financiación del terrorismo (...)

Una vez apreciadas las ventajas de una red de UIF, el 9 de junio de 1995, en el Palacio de Egmont Arenberg de Bruselas, se reunieron y establecieron un grupo informal para estimular la cooperación internacional. El Grupo Egmont, como se denomina, tiene entre otras funciones la ampliación y sistematización del intercambio de datos de inteligencia financiera, el perfeccionamiento de los conocimientos especializados, la capacitación de sus funcionarios y el fomento de una mejor comunicación entre las UIF mediante el uso de la tecnología.

1.3.3 Tipos de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)

Siguiendo con Lombardero Expósito, podemos distinguir dos modelos. Por un lado, aquellas que responden a un “modelo judicial”, con capacidad legal en su ordenamiento jurídico para recibir información del sector financiero, llevar a cabo interrogatorios, “congelar” fondos en cuentas bancarias, detener personas, dirigir investigaciones, etc. Puede funcionar en países en los que el secreto bancario es estricto.

Por otro lado, las que corresponden al denominado “modelo administrativo” (es el modelo de Colombia), que constituye una autoridad administrativa centralizada, independiente, receptora de información del sistema financiero (y otros), que procesa la misma y, en su caso, transmite los indicios delictivos a las autoridades judiciales.

También existen otros modelos híbridos.

En el 2004, el Grupo Egmont definió las UIF así: “Una agencia central nacional, responsable de la recepción (y donde sea permitido, de la petición, como en Colombia), análisis y distribución de la información financiera a las autoridades competentes (i) concerniente al producto del delito o a la financiación del terrorismo, o (ii) la que sea requerida por la legislación o regulación nacional, con vistas a la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo”

Respecto al intercambio de información entre UIF, gira entorno a varios principios básicos: (i) se basa en la reciprocidad o el acuerdo mutuo; (ii) esta información solo puede ser empleada para el propósito para el que ha sido solicitada o entregada; (iii) el receptor de la información no puede entregarla a un tercero ni transmitirla a otro ente administrativo o judicial, sin el consentimiento de la UIF que entregó la información.

Uno de los mayores logros del Grupo Egmont ha sido crear una red de trabajo global para promover la cooperación internacional entre UIF.

En el ámbito internacional las bases de la persecución del blanqueo de activos se mueve en torno a tres cuestiones básicas: (i) persecución de las jurisdicciones consideradas opacas, (ii) coordinación y cooperación internacional en todos los

ámbitos de investigación y (iii) puesta en juego de los modernos sistemas de inteligencia financiera⁸⁵.

El contenido de las Recomendaciones es la base de todo instrumento, de origen internacional o nacional, de prevención o represión del blanqueo de activos. Esta es su importancia, la misma que le ha merecido el reconocimiento tanto del Consejo de Seguridad de la ONU como del FMI y el BM, así como a su reconocimiento explícito en la legislación comunitaria⁸⁶.

Las Recomendaciones del GAFI son un sistema de mínimos que cada país debe desarrollar según su propio contexto legislativo y económico. Constituyen las medidas preventivas que deben adoptar las instituciones financieras, y otras actividades que pudieran ser aprovechadas para el blanqueo y las medidas que los países deben incluir en sus sistemas penales y normativos. Para asegurar la observancia de las Recomendaciones, el GAFI y otros grupos regionales, así como el BM y FMI, verifican evaluaciones de la transposición de las Recomendaciones⁸⁷ a los sistemas legales de los países miembros.

2. La creación de la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF.

Las recomendaciones del GAFI hacen parte de la transnacionalización del derecho, toda vez que el contenido de las normas jurídicas que nacen de ellas viene determinadas por actores internacionales, que en este caso representan una comunidad de 32 países y dos organismos internacionales, con la misión de combatir el lavado activos. El fenómeno de la transnacionalización del derecho en el caso de las funciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), se cumple desde dos vertientes: desde la uniformización y la armonización.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 325.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 342.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 70.

Desde la armonización, dado que la firma y ratificación de la Convención de Viena contra el *Tráfico ilícito de narcóticos y sustancias sicotrópicas* (Ley 67 de 1993) y la Convención de Palermo contra el *Crimen Organizado Transnacional* (Ley 800 de 2003), dictan principios o criterios que los estados partes deben seguir en la lucha contra el lavado de activos o el producto de delito, al acoger el contenido de la convenciones en el derecho interno. Y desde la uniformización, porque precisamente la finalidad del GAFI es hacer que los estados miembros adopten la misma posición frente a la lucha contra el lavado de activos o el producto del delito, reflejada en el contenido de las normas y la estructura institucional; teniendo vigilancia multilateral y evaluaciones mutuas, con una supervisión anual y sobre el terreno y revisión en detalle, para garantizar un marco eficaz en la aplicación de las recomendaciones. Esto genera un escenario de presión sobre los países no miembros que los obliga a tener igual comportamiento en la producción de las normas jurídicas, estando abocados a una vigilancia multilateral.

Colombia que no es miembro del GAFI, pero sí signante de las convenciones de Viena y de Palermo, ha tomado la postura de comportarse asumiendo las obligaciones como si fuera uno de ellos, adoptando la uniformización de la producción jurídica con base en las recomendaciones del GAFI y la armonización, desarrollando los principios y criterios de las referidas convenciones en la lucha contra el lavado de activos.

En aplicación de lo antes mencionado, se expide la Ley 526 de 1999, modificada por la ley 1121 de 2006, y recientemente por la ley 1621 de 2013, por medio de la cual se crea la UIAF, como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y regímenes especiales en materia de administración de personal, nomenclatura, clasificación, salarios y prestaciones; de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyas funciones serán de intervención del Estado con el fin de prevenir y detectar prácticas asociadas con el lavado de activos. Los empleos de la UIAF no

serán de carrera administrativa; los servidores públicos que laboren serán de libre nombramiento y remoción.

Se entiende, entonces, que es una entidad de tipo administrativo, dedicada al recaudo de información relevante la cual procesa en ejercicio de la función como miembro de la comunidad de inteligencia y contrainteligencia del Estado y luego transmite a las autoridades judiciales.

Tienen una estructura orgánica, así: Dirección General, Oficina de Control Interno, Subdirección de Análisis Estratégico, Subdirección de Análisis de Operaciones, Subdirección Administrativa y Financiera. El Director General de la Unidad será nombrado por el Presidente de la República. Los demás funcionarios de la Unidad son nombrados por el Director General.

Y como funciones: La Unidad tendrá como objetivo la prevención y detección de operaciones que puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas, prioritariamente el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Para ello centralizará, sistematizará y analizará mediante actividades de inteligencia financiera la información recaudada, en desarrollo de lo previsto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas remisorias o complementarias, las normas tributarias, aduaneras y demás información que conozcan las entidades del Estado o privadas que pueda resultar relevante para el ejercicio de sus funciones. Dichas entidades estarán obligadas a suministrar de oficio o a solicitud de la Unidad, la información de que trata el desarrollo de estas funciones. Así mismo, la Unidad podrá recibir información de personas naturales. Esta Unidad en cumplimiento de su objetivo, a solicitud de la fiscalía con expresas funciones legales de investigar el lavado de

activos o sus delitos fuentes, la financiación del terrorismo y/o legitimadas para ejercer la acción de extinción de dominio⁸⁸, debe entregar la información que recaude o produzca como resultado de sus análisis. También, dentro del ámbito de su competencia, podrá celebrar convenios de cooperación con entidades de similar naturaleza de otros Estados e instancias internacionales pertinentes y con las instituciones nacionales públicas o privadas a que hubiere lugar, sin perjuicio de las obligaciones consagradas en la ley 526.

También, el Gobierno Nacional, para facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dec-Ley 663/99) por parte de otros sectores, podrá establecer las modificaciones necesarias de acuerdo con la actividad económica de los mismos.

De igual manera, la UIAF podrá hacer el seguimiento de capitales en el extranjero en coordinación con las entidades de similar naturaleza en otros Estados.

El Director General tiene, entre otras funciones específicas, la de evaluar y decidir sobre la pertinencia de enviar a la Fiscalía General de la Nación y a las demás autoridades competentes, para su verificación, la información que conozca en desarrollo de su objeto.

Así mismo, la Subdirección de Análisis de Operaciones, tiene la función de cooperar y servir de enlace con las unidades antilavado o contra la financiación del terrorismo existentes o con las dependencias que desarrollan esta función en las entidades nacionales. Interactuar con los sectores que puedan estar involucrados en el tema de la prevención y control al lavado de activos y la financiación del terrorismo.

⁸⁸ Ley 1708/14. Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.

Por último, para los temas de competencia de la UIAF, no será oponible la reserva bancaria, cambiaria, bursátil y tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias; así como aquella que exista sobre los datos de suscriptores y equipos que suministran los concesionarios y licenciatarios que prestan los servicios de comunicaciones previstos en el artículo 32 de la Ley 782 de 2002; el registro de extranjeros, los datos sobre información judicial e investigaciones de carácter migratorio, el movimiento migratorio, tanto de nacionales como de extranjeros, antecedentes y anotaciones penales, y datos sobre la existencia y estado de investigaciones en los entes de control. Todo lo anterior, sin perjuicio de la obligación de las entidades públicas y de los particulares de suministrar de oficio o a solicitud de la Unidad, la información de que trata el contenido de las funciones de la UIAF.

De lo dicho, podemos concluir que las Cuarenta Recomendaciones del GAFI tienen un carácter extensivo, no solo en su dimensión territorial sino en lo formal y material. De las recomendaciones iniciales confrontadas con las recomendaciones después de las revisiones, se observa una pretensión omnipresente; esto es clara explicación de la aplicación del principio extensivo de una política global en la lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo. Si bien ellas no tienen la naturaleza de norma de derecho internacional, pues su pretensión no es constituir a los miembros en firmantes de una convención, como partes comprometidas en su aplicación, la recomendación de ratificar las convenciones de Viena y Palermo lo constituyen en medio para crear derecho internacional sobre el lavado de activos y financiación del terrorismo.

La creación de UIAF no es un compromiso internacional; no está en el contenido de las convenciones de Viena y Palermo; ésta hace parte de las Recomendación del GAFI. La UIAF toma la estructura y diseño en sus funciones y cometidos para dar cumplimiento eficaz a las Cuarenta Recomendaciones del GAFI.

Así, en esa finalidad de llegar a todos los sectores económicos susceptible de ser objeto de utilización abusiva de sus servicios, es como hacen presencia las Cuarenta Recomendaciones del GAFI en la función pública notarial por medio de las funciones de la UIAF y la Superintendencia de Notariado y Registro como organismo regulador del notariado. Esta actividad del servicio público, como actividad no financiera, tiene, *mutatis mutandi*, expresa consideración en las recomendaciones 22 y 23. La primera⁸⁹ remite, entre otras, a la recomendación 10 sobre debida diligencia del cliente⁹⁰ que debe realizar el Notario, y la segunda remite, entre otras, a las recomendaciones 20 y 21 sobre reporte de operaciones sospechosas⁹¹ y reserva y confidencialidad⁹² del Notario, respectivamente.

⁸⁹ **22. APNFD: debida diligencia del cliente.** * Los requisitos de debida diligencia del cliente ... establecidos en las Recomendaciones 10, ... , se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) en las siguientes situaciones: (d) Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores – cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades: □□ compra y venta de bienes inmuebles; ...

⁹⁰ **10. Debida diligencia del cliente.** * (...) El principio de que las instituciones financieras deben llevar a cabo la DDC debe plasmarse en ley. Cada país puede determinar cómo impone obligaciones específicas de DDC, ya sea mediante ley o medios coercitivos. Las medidas de DDC a tomar son las siguientes: (a) Identificar al cliente y verificar la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes. (b) Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y de control del cliente. (c) Entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial. (d) Realizar una debida diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transacciones que se realicen sean consistentes con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y el perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la fuente de los fondos. (...) Debe exigirse a las instituciones financieras que verifiquen la identidad del cliente y del beneficiario final antes o durante el curso del establecimiento de una relación comercial o al realizar transacciones para clientes ocasionales. (...) Si la institución financiera no pudiera cumplir con los requisitos aplicables en los párrafos (a) al (d) anteriores (sujeto a la modificación acorde al alcance de las medidas partiendo de un enfoque basado en riesgo), se le debe exigir a ésta que no abra la cuenta, comience relaciones comerciales o realice la transacción; o se le debe exigir que termine la relación comercial; y debe considerar hacer un reporte de transacciones sospechosas sobre el cliente. Estos requisitos se deben aplicar a todos los clientes nuevos, aunque las instituciones financieras deben aplicar también esta Recomendación a los clientes existentes atendiendo a la importancia relativa y al riesgo, y deben llevar a cabo una debida diligencia sobre dichas relaciones existentes en los momentos apropiados.

⁹¹ **20. Reporte de operaciones sospechosas.** * Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son producto de una actividad criminal, o están

Al estar establecida por el GAFI la aplicación de las Recomendaciones a la actividad del Notario, se hace necesario, para el tema de este trabajo, entrar a delimitar la actividad del notario dentro de la función pública en Colombia, como actividad adscrita al notariado tipo latino. Sobre todo porque, de conformidad con la recomendación 28, la Superintendencia de Notariado y Registro (SINR) como organismo regulador⁹³ de la función notarial, cumple un papel de intervención bastante significativo sobre la actividad del Notario en cumplimiento eficaz de lo reglado por la UIAF y, en consecuencia, del propósito de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI.

relacionados al financiamiento del terrorismo, a ésta se le debe exigir, por ley, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

⁹² **21. Revelación (tipping-off) y confidencialidad.** Las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben: estar protegidos por la ley frente a la responsabilidad penal y civil por violación de alguna restricción sobre la revelación de información impuesta mediante contrato o mediante alguna disposición legislativa, normativa o administrativa, si éstos reportan sus sospechas de buena fe a la UIF, aún cuando no conocieren precisamente cuál era la actividad criminal subyacente, e independientemente de si la actividad ilegal realmente ocurrió o no; y (b) tener prohibido por ley revelar (“*tipping-off*”) el hecho de que se está entregando a la UIF un reporte de operación sospechosa (ROS) o información relacionada.

⁹³ **28. Regulación y supervisión de las APNFD.** * Las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas deben estar sujetas a medidas de regulación y supervisión de la forma que se define a continuación: (b) Los países deben asegurar que las demás categorías de APNFD estén sujetas a sistemas eficaces para el monitoreo y asegurar el cumplimiento con los requisitos ALA/CFT. Esto debe hacerse de acuerdo al riesgo. Ello puede ser ejecutado por a) un supervisor o por b) un organismo autorregulador (OAR) apropiado, siempre que dicho organismo pueda asegurar que sus miembros cumplan con sus obligaciones para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. El supervisor o el OAR deben también a) tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus asociados tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa, por ejemplo evaluando a las personas con base en un examen de capacidad e idoneidad “*fit and proper*”; y (b) tener sanciones efectivas, adecuadas y disuasivas de acuerdo con la Recomendación 35 para contrarrestar el incumplimiento de los requerimientos de ALA/CFT.

CAPITULO II. DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Se ha señalado en el capítulo anterior lo que constituyen las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en el desarrollo de la legislación interior de los Estado-nación; surgidas del Comité de Basilea al expedir los Principios de Supervisión Bancaria⁹⁴ para la regulación del sistema financiero internacional y prevenir el uso delictivo del sistema financiero con el lavado de activos, procurando la debida identificación del cliente. Estas regulaciones han sido extendidas a otras áreas no financieras, como es el servicio notarial.

Por ello se hace necesario abordar el servicio notarial con la pretensión de delimitar su función como servicio público, como función pública, como función fedatante, como particular con autoridad en ejercicio de la función notarial, entre otras. Es en relación a los comparecientes y otorgantes que buscan la actuación del Estado para la garantía en la fijación de hechos, actos o negocios jurídicos como la compraventa de bienes inmuebles. Garantía necesaria para el tráfico jurídico en las relaciones interpersonales en un mundo globalizado, en una sociedad moderna, que conlleva un elevado riesgo en todas las circunstancias del tráfico jurídico. Así se constituye la función notarial en la garantía para la seguridad jurídica y la prevención de actos de confrontación legal o para alcanzar los efectos jurídicos acordados entre las partes. Esta delimitación busca encontrar los límites entre la función pública fedataria y la función pública de policía que ejerce la Superintendencia de Notariado y Registro (SINR).

⁹⁴ La vocación expansiva de los Principios de Supervisión Bancaria de Basilea, hace que la prescripción sea actualizado. El contenido de este principio correspondía al principio 15 (momento en que se creó el Gafi) y luego fue el 18. Principio 29 – Utilización abusiva de servicios financieros: el supervisor verifica que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados, incluidas estrictas reglas de diligencia debida con la clientela, para promover normas éticas y profesionales de alto nivel en el sector financiero e impedir que el banco sea utilizado, intencionalmente o no, con fines delictivos.

Es así como los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros no podrían gozar de este beneficio si no existiera la institución del notariado, porque a través de ella se da forma y autenticidad a dichos actos, respaldados con la fe pública que ostenta el notario. Por ello, esta función ha sido necesaria en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar o constar determinados actos o hechos jurídicos. De esta manera el notario, dotado con las atribuciones que le confiere el Estado, puede ejercer su función en beneficio de las personas⁹⁵.

Pero los notarios no son ni empleados ni trabajadores oficiales. Son particulares en ejercicio de funciones públicas, y prestan un servicio público en virtud de la descentralización por colaboración, manera como el Estado presta algunas funciones que le han sido asignadas constitucionalmente⁹⁶.

Del artículo 131 de la Constitución Nacional se deduce que la función notarial es un servicio público destinado a satisfacer, de manera continua, una necesidad de interés general, sometida a un régimen especial. Así lo ha reiterado la Corte, que la función de dar fe es además *claramente de interés general por cuanto establece una* presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales. Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evitan numerosos litigios que podrían surgir en caso de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver. En virtud de lo anterior, es

⁹⁵ www.monografias.com/trabajos20/notario-publico/notario-publico.shtml#funciion#funciion
Universidad de Guanajuato.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1040/2007, MP M. G. Monroy.

posible sostener que la función fedante en Colombia persigue una finalidad de alta relevancia constitucional⁹⁷.

Entonces, la intervención del notario no se limita a la dación de fe, sino que incluye deberes funcionales de asesoramiento y consejo, especialmente para la parte menos informada, lo que demuestra gran utilidad para dar seguridad a los contratos y proteger la parte no profesional⁹⁸. Por ello, los presupuestos de la actuación notarial constituyen el asesoramiento y la información, la labor redactora, el control de legalidad y la dación de fe⁹⁹.

Surge entonces, que la función notarial cumple fines esenciales al Estado como: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución¹⁰⁰, y que la seguridad jurídica preventiva de la función notarial se vale de principios como la efectividad del derecho y la buena fe, como presupuestos del control de legalidad y la autenticación notarial.

SECCIÓN PRIMERA. EL NOTARIADO TIPO LATINO

Existen cuatro tipos de notariado: el latino, el germano, el austríaco-suizo y el anglo-norteamericano que se divide en el de Inglaterra y en el norteamericano. Entre ellos hay importantes diferencias.

Solo nos interesa el notariado tipo latino, que rige entre nosotros (Colombia, México, Argentina, Venezuela y en la mayoría de países latinos. En Europa tenemos a España, entre otros). En cuanto a la instrumentación de los derechos

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-076/06, MP J. Córdoba.

⁹⁸ Elena I Highton y Angélica G. E. Vitale. *La Función notarial en la comunidad globalizada*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 16.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 17.

¹⁰⁰ Constitución Nacional de Colombia de 1991, art 2.

reales, corresponde distinguir dos grandes áreas jurídicas: el grupo francés, que tuvo por fuente al Código Civil francés de 1804, y que comprende los códigos italianos de 1865 y 1942, el portugués, el egipcio, el boliviano, el venezolano, el peruano, el del Estado de Lousiana en Estados Unidos de América y el de Quebec en Canadá, asentados en el principio de que el mero consentimiento contractual es el elemento esencial y suficiente para la trasmisión de los derechos reales, en especial el derecho de dominio o propiedad. De otra parte el grupo ibérico, que comprende los códigos de España, México, Chile, Argentina, Paraguay, Colombia, Ecuador, Honduras, Brasil, entre otros, que se fundan en el principio de transmisión causal, según un título y un modo (tradición), y que conforme a la evolución histórica, se agregó la inscripción en el Registro de la Propiedad, para darle oponibilidad de tales derechos frente a terceros. Los actos de constitución y transmisión de derechos reales tienen características de tipicidad auténtica, porque su eficacia reposa en el carácter de instrumento público que reviste la escritura pública y la función integradora que cumple el notario. El Instrumento emanado del notario, ello es la escritura pública, está investida de la fe pública, y opera como una vía exclusiva auténtica exigida por las leyes y como medio idóneo –a veces exclusivo- de prueba. El sistema latino-germánico define al notario como un jurista especializado, delegatario de una función del Estado, simbiosis de funcionario y profesional que previo asesoramiento y control de legalidad, redacta y autoriza documentos públicos, que tienen fuerza ejecutiva y constituyen prueba privilegiada en juicio. Se caracteriza, en lo fundamental, por una delegación parcial del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas, es una actividad independiente que se ejerce bajo la forma de una profesión liberal sometida al control del Estado y cumple una función preventiva frente a la función del juez¹⁰¹.

En contraste con lo anterior, en Estados Unidos de Norteamérica, la actuación del *notary* está limitada prácticamente a la de certificar, es decir, desarrollar la tarea

¹⁰¹ Elena I Highton y Angélica G. E. Vitale. Op. Cit. p. 17 y 157

de simple cotejo con un documento o persona que se halle frente a él. La potestad fedante u autenticadora de la función latina se encuentra ausente. La única similitud entre el notariado latino y el *notary* estadounidense es meramente fonética o gráfica: es un cargo temporal, de nombramiento político hecho por el gobernador, que no exige una carrera, solo saber leer y escribir y ser mayor de edad; no es una profesión, es un cargo de honor pero modesto; hay abundancia de notarios. La función notarial es muy simple y externa al documento, el cual llega redactado y extendido por los interesados; se limita a constatar la capacidad e identidad y tomar el juramento sobre el contenido del documento, es decir, su actuación es posterior. El único libro necesario en la oficina es un ejemplar de los Evangelios¹⁰².

En este sistema no se garantiza el derecho subjetivo, sino que se cubre el riesgo económico de su pérdida por la vía indemnizatoria. Su modalidad más exagerada es la del seguro de título que proporciona la correspondiente indemnización en caso de frustración del derecho adquirido. Por lo tanto no es seguridad jurídica, sino seguridad del resultado o valor económico¹⁰³.

Conforme a lo dicho, el notariado tipo latino tiene la majestad que le da el hecho de ser el producto de una delegación del Estado para imponer el contenido del documento notarial –redactado por el notario- como la verdad oficial; mientras que en el tipo anglosajón es el mero cotejo del texto y de quienes lo presentan, lo que se hace bajo juramento. Así es que nuestro sistema latino-germánico es una garantía que brinda el Estado para el ejercicio del derecho de disposición y de dominio.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 165-167-

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 83

SECCIÓN SEGUNDA. FUNCIONES DEL NOTARIO TIPO LATINO.

Siguiendo a Elena I. Highton¹⁰⁴ y otros, el notario latino tiene como funciones:

1. Asesoramiento jurídico:

Brindar información, porque la formulación de declaración de voluntad o prestación de consentimiento bien formado, parte del conocimiento exacto de las consecuencias. Ello consiste en poner a los contratantes en conocimiento cabal de la trascendencia, alcance, consecuencias y efectos que los actos o contratos que pretende documentar van a producir en sus personas o patrimonio. En los casos en que no lo necesiten, el notario se asegura de que así sea. Y cuando haya desequilibrio inicial entre las partes, esta información debe ser desigual a fin de que se encuentre una posición equilibrada: se trata de una información compensadora o equilibrada.

Hacer un asesoramiento estricto, es decir, como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio. 'Asesorar es recomendar la manera de recorrer los caminos posibles para conseguir el objetivo que desea el cliente.' Ese asesoramiento es imparcial, manera que se diferencia del asesoramiento que brinda un abogado. Pero esa imparcialidad no puede ser neutral ni puede ser pasiva; tiene que ser una imparcialidad 'compensadora' de la posición del contratante débil frente al fuerte, con el fin de evitar que el desequilibrio de poder entre las partes produzca un resultado injusto.

Brindar asistencia, se trata de 'acompañar' al otorgante en el camino que se ha elegido sino también en la continuidad en potenciales relaciones jurídicas futuras, como ocurre por ejemplo en materia de sociedades. Esta se denomina 'asistencia continuada'. Y la 'asistencia especial' que se dispensa al contratante débil, que se

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 97 a 104.

encuentra en condiciones de inferioridad y que definitivamente está necesitado de esa atención especial.

Brindar consejos. Como profesional del Derecho, los notarios tienen la misión de aconsejar a quienes reclaman su ministerio los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar. Se trata de recomendar un camino concreto. Se trata de dejar de 'prevenir' simplemente, y pasa a 'intervenir' en la configuración definitiva del negocio.

La lectura del documento. No puede ser una declamación neutral y aséptica del documento, sino en terminología actual, 'lectura explicativa' como la califica Aranguren Urriza, o 'lectura comunicativa' como dice López Burniol. En definitiva, la lectura se debe regir por un criterio de eficacia.

El notario debe por todos los medios comunicar a los otorgantes el contenido del documento; debe explicarlo de tal modo que queden enterados de los derechos y deberes de cada uno.

2. Conciliación de intereses.

Es una de las más claras manifestaciones de la función destinada a sostener para las partes la seguridad jurídica preventiva que finalmente evita eventuales conflictos que pudiera derivar en la necesidad de desencadenar la actividad judicial.

Así es que la actividad derivada del cumplimiento del asesoramiento jurídico supone en numerosas ocasiones la conciliación de intereses inicialmente contrapuestos, el acercamiento de posiciones entre los otorgantes, y el hallazgo de un punto de equilibrio entre sus respectivos intereses.

3. Control de legalidad y de legitimación.

Frente al control de legalidad notarial supone la comprobación por parte del notario de la regularidad y legalidad del acto o negocio jurídico que se trata de documentar, del propio documento y el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación establece en cada caso. En términos económicos o empresariales, se podría decir que es una función de 'control de calidad del producto', que es el instrumento público, o de 'auditoría legal o jurídica'.

Esta actividad tiene lugar en la fase predocumental de la actuación notarial (licencias, autorizaciones, etc.); en la documental (configuración del negocio, de las declaraciones de voluntad, del objeto, las prestaciones, etc.), y también en la fase postdocumental (aprobaciones, declaraciones, etc.) Todo alcanza un doble aspecto: autenticidad formal y autenticidad material. La formal, es el control de legalidad del propio documento como tal, y la material, es control de legalidad relativo al contenido del documento, al negocio documentado.

En el control de legalidad notarial se produce un doble efecto: Desde el punto de vista objetivo o general supone la comprobación del cumplimiento de disposiciones legales, incluso de ámbito administrativo, ajeno hasta hace poco tiempo a la materia tradicionalmente notarial. Así se produce confianza de la Administración en el cumplimiento de esos deberes que la legislación impone, y que afecta al interés general, y en consecuencia es contemplada por el Estado como una forma de colaboración de enorme importancia para los intereses generales, sin costo alguno para el Estado y con grandes garantías de acierto.

Este aspecto del control de legalidad tiene algunos grandes campos de acción, tales como el cumplimiento de la legislación sobre inversiones extranjeras y control de cambio; ordenación del suelo, de gestión y ejecución urbanística, etcétera.

Y desde el punto de vista subjetivo de los contratantes, produce la seguridad de la legalidad del acto o negocio documentado, y la confianza en la producción de todos sus efectos legales.

El mecanismo técnico que la legislación pone en manos del notario para llevar a efecto el control de legalidad es el derecho o facultad del notario de denegación de la autorización del documento proporcionando a los interesados la información y el asesoramiento necesario para tratar de solventar el obstáculo.

El control de legitimación de los intervinientes en el documento notarial merece una especial mención dentro del control de legalidad.

En primer lugar, supone la comprobación de la capacidad natural de los comparecientes. Las zonas de penumbra que puede haber en la mente humana deben ser consideradas por el notario con exquisito tacto y rigor, por ser la base primera de la formación de la voluntad negocial. El notario debe alcanzar un grado de comunicación con los interesados, que le permita asegurarse de que éstos tienen capacidad suficiente para entender y querer el acto jurídico en cuestión. Y para lograr tal comunicación el notario debe utilizar todos los medios a su alcance. En segundo lugar, el control de legalidad se dirige a la comprobación de la suficiencia de la representación alegada por los comparecientes. Ello en el aspecto formal y el material. En el formal, mediante la necesaria exhibición al notario del documento en que se base aquella representación, o sea el documento original; y el material, mediante la decisión del notario acerca de la suficiencia de las facultades representativas conferidas al compareciente. Se insiste en que el otorgamiento de la escritura es el momento crucial para considerar la suficiencia de los apoderamientos.

4. Instrumentación.

El notario no es un mero 'documentador' o 'autenticador', sino que en su actuación compleja cobra esencial importancia su aspecto como 'redactor' del documento. La doctrina conceptúa que la 'autorización' del documento implica conferirle una 'autoría intelectual', que nada tiene que ver con la confección material del mismo. Según Natalio Pedro Etchegaray¹⁰⁵, citado por Highton, puede concluirse que en la doctrina notarial moderna existen seis operaciones que sintetizan las funciones notariales:

- a) *Calificación*: en la que se determina el acto a otorgarse;
- b) *Legalización*: que consiste en adaptar la voluntad negocial de las partes al Derecho vigente, procurando otorgar validez jurídica al negocio;
- c) *Legitimación*: busca demostrar la relación sustancial de fondo, entre sujeto y objeto del negocio (relación de titularidad formal y material);
- d) *Configuración*: es la forma que se confiere a la materia inicial aportada por las partes, por medio de estipulaciones que deberán adecuarse al régimen jurídico y a las declaraciones de éstas;
- e) *Documentación*: consiste en la materialización de todo el proceso anterior en el documento notarial, como soporte material del negocio;
- f) *Autorización*: con la firma del notario nace la presunción de verdad del documento por él autorizado, se pone en vigor la fe pública.

Se pretende ir más allá del notario aplicador del Derecho e intérprete de la norma jurídica al notario, si no formador, forjador de las normas en función de la situación concreta de la realidad que lo circunda.

Concluyendo, se puede asegurar que la trascendencia de la función que cumple el notario de tipo latino –en contraposición al norteamericano- tiene como presupuestos:

¹⁰⁵ Natalio Pedro Etchegaray. *Escritura y actas notariales*. Astrea. Buenos Aires, 1998, citando por Elena I Highton y Angélica G. E. Vitale. *La Función Notarial en la Comunidad Globalizada*. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores. 2005, p 102.

- El asesoramiento e información a las partes, en cumplimiento de una finalidad preventiva, que efectivamente evite la asistencia a decisiones judiciales, para lo cual el grado de asesoramiento debe tener la medida compensatoria que evite desequilibrio en la formación del consentimiento contractual.
- La labor redactora del instrumento público, en la medida en que la autorización notarial implica la autoría intelectual del documento.
- El control de legalidad, implica la regularidad y legalidad del negocio jurídico y del propio documento, desde el punto de vista objetivo y subjetivo, la seguridad y confianza en que se alcanzan los efectos jurídicos buscados por los contratantes.
- La dación de fe, como la delegación parcial hecha al notario por el Estado, para que cumplidas las exigencias del ordenamiento jurídico le de fuerza ejecutiva y probatoria a los actos e instrumentos públicos de los cuales es testigo o autor.

Sobre estas bases se identifican las siguientes características básicas:

- La función notarial es una delegación parcial que el Estado hace al notario para asegurar el servicio público de la autenticidad de actos e instrumentos públicos.
- La función notarial es una actividad independiente que se ejerce desde la forma de una profesión liberal sometida al control del Estado.
- La función notarial tiene como cometido el cumplimiento de una función preventiva frente a la función del juez; como función que se ejerce antes de que el daño se produzca.

Por último, es necesario señalar que la función notarial se ejerce sobre dos frentes: como herramienta necesaria para alcanzar el cometido final de la función preventiva; el notario adquiere una postura necesaria acorde al mecanismo de la descentralización por colaboración y, la de un particular que cumple una función pública. Es decir, el notario es abogado y funcionario; abogado en el asesoramiento e información a las partes y funcionario en la dación de fe al acto o instrumento que da autenticidad en nombre del Estado.

El cumplimiento de las funciones que estructura el notariado tipo latino, sustenta de manera efectiva la garantía estatal de la seguridad jurídica preventiva como una función que evita el daño; no evitar el daño es desvirtuar la función notarial. Por ello, el cumplimiento de las funciones señaladas conlleva la certeza del derecho que aplica el notario; porque de no existir esa certeza, se impone el mecanismo de la denegación de la autorización.

SECCIÓN TERCERA. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN COLOMBIA

Manuel Cubides Romero¹⁰⁶ trae una síntesis de los conceptos de distintos autores que se han referido al objeto del derecho notarial. Así, tenemos a Bardallo: “Sistema jurídico que tiene por objeto regular la forma jurídica y la autenticidad de los negocios y demás actos jurídicos, para la realización pacífica del derecho”; Larraud: “Conjunto sistemático de normas jurídicas que se relacionan con la conducta del notario; pero esa actividad suya debe ser entendida ampliamente como actividad cautelar, de asistencia y regulación de los derechos de los particulares”; Martínez Segovia: “El objeto formal de la función notarial, o sea su fin ..., es la seguridad, valor y permanencia, de hechos y de derechos, del documento notarial y de su contenido”; Riera Aisa: “Es aquel complejo normativo

¹⁰⁶ Manuel Cubides Romero, Manuel. *Derecho notarial colombiano*. Bogotá. Señal Editora. 1978. pp 104 a 106

que regula el ejercicio y efectos de la función notarial, con objeto de lograr la seguridad y permanencia en las situaciones jurídicas a que la misma se aplica”; Sanahuja y Soler: “es aquella parte del ordenamiento jurídico que asegura la vida de los derechos en la normalidad, mediante la autenticación y legalización de los hechos de que dependen”.

De otra parte, el mismo autor señala que en sentido general, función es un conjunto de acciones o actividades adecuadas a la obtención de una determinada finalidad; y que se ha organizado y reglamentado la función notarial para atender con ella el servicio para satisfacer la necesidad de alcanzar la seguridad jurídica en las relaciones particulares mediante una asesoría jurídica, la garantía de su libertad de contratación, la eficacia de su autonomía privada y la producción de instrumentos revestido de completa credibilidad y perdurabilidad.

1. Función esencial del notario.

El Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha reconocido que “la función notarial es, por su trascendencia y en la medida en que se desarrolla con fundamento en prerrogativas estatales, esencialmente pública. Así, según el Consejo de Estado, ‘la función que desarrollan los notarios es por esencia una función pública, como que son depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado’¹⁰⁷.

De lo dicho, se desprende que las funciones que cumple el notario las realiza con la finalidad del servicio público y la función pública, lo que marca el escenario de la función fedante y en particular la autorización del instrumento público que conoce. Pero también como algo que hace a la esencia del Estado.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-741/98, MP A. Martínez.

Desde ya se dice que la función pública que ejerce el notario –por concreción negativa o residual, ni es jurisdiccional ni legislativa– es función administrativa. La función administrativa “hace parte de la función ejecutiva, pero no la agota”, porque “la función ejecutiva (de la ley) es sólo una de las posibles manifestaciones del fenómeno administrativo”. La “función administrativa guarda una estrecha relación con los fines del estado concebidos constitucionalmente”; pero “no toda actividad que tenga esta relación puede calificarse como función administrativa”¹⁰⁸.

Para este tema echamos mano de la tesis planteada por Alberto Montaña Plata: El argumento atinente a los sujetos que desarrollan la función administrativa debe ser materia de estudio del derecho administrativo, de modo independiente a su calificación formal, es decir, de ser administraciones públicas o sujetos privados¹⁰⁹. En consecuencia, el derecho administrativo debe tener un referente material y su análisis estructural, estático o subjetivo debe estar condicionados a aquél. El derecho administrativo debe ser consecuente con las finalidades constitucionales de los estados actuales, y con la lógica económica y social también constitucional de estos, antes que con las calificaciones formales que se hagan de los sujetos de derecho¹¹⁰.

Por ello, la profesión de notario, fue definida por el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino: El notario es “el profesional del derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido. Esta definición refleja las funciones esenciales del notario público. En efecto, la función notarial consiste, fundamentalmente, en dar fe pública, sobre las declaraciones de voluntad que

¹⁰⁸ Alberto Montaña Plata. *Fundamentos de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010. P. 91 y 93.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 87.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 124 y 125

las personas decidan formular. Para ello, tiene asignada la tarea de recibir las declaraciones que formulen quienes acuden a su ministerio; asesorar a las personas sobre el instrumento jurídico más adecuado para lograr los objetivos que persiguen; redactar, conforme a la ley, los documentos o escrituras respectivas; y abstenerse de recibir, extender o autorizar los contratos o actos solemnes cuando considere que no se cumplen las condiciones de ley para ello. Adicionalmente, el notario debe mantener un archivo adecuado de las declaraciones jurídicamente relevantes que deba custodiar y extender las copias autenticadas de los mismos”¹¹¹.

Las funciones de los notarios están relacionadas con el deber de propender por una seguridad jurídica de los actos, contratos, negocios, declaraciones y relaciones jurídicas, a través del cumplimiento de solemnidades¹¹².

2. La función notarial como función administrativa

Se toma a Montaña¹¹³ para determinar este concepto. Él busca precisar el contenido material de la función administrativa y la define como objeto del derecho administrativo. Con esto se indica que se acoge esta tesis para precisar la función notarial.

Lo primero es que la Constitución Política colombiana no contiene un concepto de Administración pública ni de función administrativa; sin embargo, hace referencia a una perspectiva material y a una subjetiva de la Administración pública en distintas disposiciones y, con esto, abre la posibilidad para asumir una u otra posición de modo que se logre sustentar y dar explicación al derecho administrativo. Hay situaciones que llaman la atención sobre la necesidad de identificar un concepto material en detrimento de un concepto subjetivo: la posibilidad de los particulares

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-076/06, MP J. Córdoba.

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia C-399/99, MP A. Martínez.

¹¹³ Alberto Montaña Plata. *Op. Cit.*, p. 113 a 121

de ejercer funciones administrativas; la posibilidad de las administraciones públicas de ejercer funciones judiciales, y la posibilidad de las administraciones públicas de desarrollar actividades económicas en monopolio o en libre competencia.

Lo anterior, fuerza a construir un concepto capaz de explicar o soportar que otros sujetos distintos a la administraciones públicas puedan, eventualmente, ser sujetos de derecho administrativo y que en algunas oportunidades las administraciones públicas observan el derecho común y no el derecho administrativo.

Se establecen principios y reglas para el ejercicio de la función administrativa (art 116, 209, 210 y 334 CN), los que se pueden apreciar en el contexto de las finalidades del estado en general. El concepto de función administrativa material se hace viable y oportuno en términos constitucionales y la vocación teleológica de la función administrativa es acorde con los mandatos de nuestro texto político. Es así que la función administrativa no es una actividad precisa de un sujeto de derecho, sino un conjunto de estas, caracterizado por unos elementos disímiles y heterogéneos; es un conjunto de actividades disímiles que dan desarrollo a las finalidades del Estado.

Se encuentran características comunes a estas actividades que permitan aproximarse de manera más exacta a la función administrativa como objeto de estudio del derecho administrativo. En este sentido mucho de lo anotado encuentra respaldo constitucional o cuando menos es viable para Colombia: la función administrativa es por regla general acción material concreta y no acción general y abstracta; la función administrativa persigue por regla general satisfacción de intereses públicos de manera concreta mientras que las otras funciones públicas sirven de presupuesto para ello, y la función administrativa implica por regla general la asunción de un rol de parte de quien la ejecuta.

Es así que el concepto de función administrativa se construye desde una perspectiva negativa antes que positiva.

La materialidad absoluta del concepto de función administrativa pareciera significar que cualquier sujeto de derecho puede desarrollarla, siempre que esté habilitado y en respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico. Es por ello que el objeto del derecho administrativo es la comprensión de la función administrativa y no la de un sujeto o unos sujetos específicos.

Por ello, en el caso del derecho administrativo, la determinación sobre la procedencia del mismo o del uso de las reglas del derecho común, la tiene el legislador y nadie más. Será éste quien decida en última instancia, si se aplica o no el derecho administrativo.

Una función administrativa entendida como un conjunto de actividades particulares, disímiles entre sí -diversas de aquellas generales de estado y particulares propias de la función judicial y legislativa- que dan desarrollo directo a las finalidades del Estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico superior. “La tajante división entre derecho público y privado no existe en nuestros días y las relaciones intersubjetivas ofrecen porciones distintas de reglas de derecho público y privado, la intensidad de las mismas, le corresponde entonces trazarla, las más de las veces al legislador, y esta atribución, se debe hacer con arraigo a la Constitución Política y, por ende, con fundamento en un concepto de función administrativa material”¹¹⁴.

La función administrativa es entonces un conjunto de actividades disímiles o acciones materiales concretas, de vocación teleológica, que busca satisfacción de

¹¹⁴ Ibíd., p. 124 y 125.

intereses públicos en desarrollo de las finalidades del estado, que por regla general, quien la ejecuta, asume el rol de parte y que es desarrollada por distintos sujetos habilitados por la ley.

Se reconoce que existen otros sujetos que desarrollan funciones administrativas y que las administraciones públicas desarrollan funciones no calificables como administrativas, entonces es conclusivo que la actividad administrativa no es privativa de las administraciones públicas. Y que en la actualidad la actividad administrativa es la concreción de la función administrativa de manera indiferente a quien la desarrolle¹¹⁵.

Lo anterior determina que el principio de legalidad que involucra el poder público tiene unas características bien precisas que fuerzan a que, por determinación legal, se deban indicar los sujetos habilitados para ejercer la función administrativa, así como las competencias y funciones precisas con que cuentan, para cumplir sus cometidos.

Por ello, la construcción teórica de los servicios públicos reconoció una nueva actividad propia del ejercicio de la función administrativa. Los servicios públicos son un concepto que abarca la totalidad de la función administrativa y en consecuencia capaz de abarcar la actividad de policía administrativa. De modo que servicios públicos y actividad de policía se concibieron como la manifestación de la función administrativa.

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia, C-181/97, MP F. Moron. La forma en que se ha desdibujado la separación absoluta entre las esferas pública y privada en torno al desarrollo de actividades que interesan a la sociedad, se muestra propicia al afianzamiento de una concepción material de los asuntos públicos, por cuya virtud los particulares vinculados a su gestión, si bien siguen conservando su condición de tales, se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades anejas al desempeño de funciones públicas, predicado que, según lo expuesto, tiene un fundamento material, en cuanto consulta, de preferencia, la función y el interés públicos involucrados en las tareas confiadas a sujetos particulares.

Así pues, el servicio público es una actividad administrativa cuya característica principal es servir antes que garantizar un orden, como consecuencia de los cambios sufridos por el constitucionalismo con la apreciación de los derechos sociales; éstos trascienden en el contexto de los fines de un estado que va más allá de lo individual para llegar a una comprensión social, igualitaria y solidaria. Entonces, los servicios públicos amplían la función administrativa, carga que hace ampliar la administración pública, y así se hace posible la presencia de sujetos privados. Sucedió que se idearon instrumentos promotores de la participación de particulares en actividades catalogadas como servicio público, de manera que se ampliara o mejorara su cobertura¹¹⁶.

Esta realidad de los servicios públicos implica que en algunas oportunidades alcancen una connotación económica. Lo que no significa el fin de la actividad de servicios públicos en la medida en que éstos guarden relación con las finalidades del estado consagradas constitucionalmente; sin importar la naturaleza de quien los preste, seguirá siendo la función administrativa.

La transformación en el modelo de gestión de los servicios públicos no cambia la subjetividad de los destinatarios de los mismos y la efectiva configuración de verdaderos derechos fundamentales frente a ellos. En el modelo social y de derecho que nos caracteriza, continúa presente la misma expectativa ciudadana de que se cumplan los fines del estado y si estos se logran a través de un ejercicio directo o indirecto de las instancias públicas, no por ello estas actividades pueden dejar de concebirse como concreción de la función administrativa.

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-037/03, MP A. Tafur, citando a C-563/98. La Corte ha señalado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; ello comporta que si bien los particulares concurren a dicha prestación, sea parcial o totalmente, como expresión de la libertad económica (art. 333 C.P.), el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el Constituyente para los servicios públicos en general (art 365 C.P.), como los que éste haya definido para determinados servicios ...

Como ya se manifestó, la función notarial es una función pública de naturaleza administrativa que tiene por objeto y de manera concreta, cumplir las finalidades del Estado. Con este presupuesto, las funciones notariales están definidas como un servicio público en la medida que tienden a la satisfacción de necesidades de interés general, de manera regular y continua. Para ello, el estado le ha delegado la potestad de dar autenticidad a los actos o negocios que pongan bajo su conocimiento; con lo que busca un mejor desarrollo de la cooperación social en la medida que incrementa la seguridad jurídica en el tráfico comercial. A más notarios menos jueces.

Es necesario hacer una breve referencia al “servicio público” y a la “función pública” como esencia de la función fedante; para también considerar que la función notarial es de la esencia del Estado.

3. Servicio público.

La Constitución Nacional¹¹⁷ expresamente prescribe que los notarios prestan un servicio público, entendido como toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas¹¹⁸. Es por ello que la misma constitución define que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”¹¹⁹.

El fin supremo del Estado consiste en asegurar y garantizar la convivencia pacífica de un grupo humano, vale decir, proteger el interés social. Y con el propósito de

¹¹⁷ Constitución Nacional de Colombia de 1991, art 131.-Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, ...

¹¹⁸ Diccionario hispanoamericano de derecho. Grupo Latino Editores. p 2137.

¹¹⁹ Constitución Nacional de Colombia de 1991, art 365.

alcanzarlo realiza, mediante los diversos organismos que integran su estructura, el servicio público, o sea la actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general¹²⁰.

El servicio público del notariado se encuentra en el Título V de la Constitución Nacional “De la organización del Estado”, Capítulo II “De la función pública”, lo que expresa una relación directa del servicio público del notariado con la función pública que se desarrolla en las actuaciones que conllevan la función fedante de los notarios.

Así las cosas, es forzoso concluir que si lo referente a la reglamentación y estructura del servicio público que prestan los notarios y registradores hace parte del capítulo de la Constitución Política que trata ‘de la función pública’, fue porque para quienes actuaron como constituyentes, la actividad notarial corresponde a un claro ejercicio de la función pública¹²¹

4. Servidor público.

Si bien los particulares que ejercen la función notarial son autoridades estatales, en cuanto realizan una actividad de la cual es titular el Estado, no son en sentido subjetivo servidores públicos, por cuya razón no ostentan la condición de autoridades administrativas. Debe concluirse que los notarios, por no ser autoridades administrativas, no pueden ser titulares de la función jurisdiccional; como tampoco que la actividad por ellos desempeñada conlleve a la expedición de actos administrativos¹²².

5. Función pública.

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-578/98, MP A. Martínez.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 5 Abril de 2001, radicado 13943, citada por Ocaris Úsuga Varela. *Estatuto del Notariado Colombiano*. Medellín: L. Vieco e Hijos Ltda, 2009, p. 38.

¹²² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 21 Abr. 2010, s31848, M del R González.

Definida como los asuntos que deben gobernarse desde el Estado, de conformidad con lo indicado en el Derecho y con las competencias que este determine¹²³. Son labores desarrolladas por las administraciones desde su posición de supremacía y autoridad, ejerciendo su potestad pública como manifestación de la soberanía del Estado, para gestionar el provecho que beneficie a toda la comunidad como cualquier necesidad de carácter fundamentalmente público¹²⁴.

Conforme con lo expresado, en el caso de la función que adelantan los notarios hay un vínculo pleno entre el servicio público del notariado y la función pública.

El servicio notarial implica el ejercicio de la fe notarial, por cuanto el notario otorga autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y da plena fe de los hechos que él ha podido percibir en el ejercicio de las atribuciones. Esta finalidad básica del servicio notarial pone en evidencia que los notarios no desarrollan únicamente un servicio público sino una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución conocida como el ejercicio de la “la función fedante”, la desarrolla dentro de los otorgamientos que ha acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de la delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general¹²⁵.

La función pública que cumple el notario es caracterizada por la doctrina como indelegable; su ejercicio determina actos de soberanía, facultad de acción derivada de competencia normativa, ámbito de actuación oficial; pues el notario es

¹²³ Diccionario hispanoamericano de derecho. Grupo Latino Editores. p 923.

¹²⁴ Diccionario hispanoamericano de derecho. Grupo Latino Editores. p 2137.

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-741/98, MP A. Martínez.

el guardián de la fe pública, el garante de la autenticidad y confianza de la validez de los documentos o actos que el Estado considera de refugio público¹²⁶.

La potestad estatal que ha sido entregada a los notarios con el fin de dar seguridad jurídica a través de la autenticación de instrumentos públicos, como servicio público para la satisfacción del interés general, en busca del cumplimiento de los fines estatales, solo se puede hacer bajo la característica de la función pública.

El ejercicio de la función pública implica el ejercicio de prerrogativas propias del poder público. Es así que el servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares, en tanto que la función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan en general ejercicio de la autoridad inherente del Estado. De ahí que solamente en el caso de que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que éste cumple, en lo que se refiere a dichas potestades, una función pública¹²⁷.

En este contexto, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines¹²⁸.

Solamente en el caso en que dicha prestación (de servicio público) haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido

¹²⁶ Manuel Gaona Cruz. *Estudios Constitucionales*, citado por Ocaris Úsuga Varela. *Estatuto del Notariado Colombiano*. Medellín: L. Vieco e Hijos Ltda, 2009, p 28.

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- 094/03, MP J. Córdoba.

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-037/03, MP A. Tafur.

atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades. No sobra reiterar que en ese supuesto, necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley¹²⁹.

Por lo demás cabe afirmar que todos los servicios públicos en último análisis “se encuentran a cargo del Estado” pues ellos son “inherentes a la finalidad social” que la Constitución le atribuye al Estado colombiano. El artículo 150-23 de la Constitución establece que el legislador expedirá las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas; así se puede afirmar que existe una facultad del legislador en la regulación del ejercicio de la función pública, esto es, sobre la actualización de la función antes citada, en la cual juega tanto el acto como el actor. El constituyente dejó en manos del Congreso la regulación del ejercicio de funciones públicas, la cual comporta tanto la facultad de establecer todos aquellos requisitos, exigencias, condiciones y calidades necesarias para la prestación de la función pública¹³⁰.

La función pública, por lo tanto, se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad (art. 209 C.P.), que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad¹³¹.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-037/03, MP A. Tafur; Corte Constitucional, Sentencia C-367/96, MP J. C. Ortiz.

¹³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-631/96, MP A. Barrera.

6. La función notarial es de la esencia del Estado.

Para entender la expresión de la jurisprudencia en cuanto a la función notarial como esencial del Estado, es necesario ir a la teoría del Estado para explicar el servicio público de la función pública fedante como autoridad estatal.

Para lo anterior se hace referencia a la soberanía de los Estados, en particular a la soberanía interna, consistente en que al poder político se le reconoce la autoridad de decidir en última instancia, y que por tanto sus decisiones no son susceptibles de apelación ni control. El poder soberano pretende, incluso, ser reconocido como fuente de toda autoridad en el ámbito del territorio dominado por él, de modo que las instituciones no estatales (por ejemplo la iglesia) tendrían autoridad sólo en tanto que y en la medida en que el Estado se las reconociese. Como el poder del Estado se ejerce en buena parte por medio del derecho, la soberanía interna contiene la facultad de decidir en última instancia lo que es derecho y lo que no lo es. La relación entre soberanía interna y la última palabra acerca de lo que es derecho, queda establecido por el francés Bodin, al llamar “marcas” de la soberanía a los cuatro poderes¹³² que caracterizan esa facultad. La soberanía es indivisible, en cuanto fundamento último de legitimidad de las facultades soberanas. Con la aparición del Estado de derecho y del Estado constitucional después, se subdividieron las marcas de la soberanía atribuyéndose a diferentes órganos o entidades, sin que se perdiera la unidad de la soberanía, por ejemplo la facultad de crear derecho se subdividió en el poder constituyente y en el poder de dictar las leyes¹³³.

¹³² José Antonio Estévez Araújo. *El revés del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 81 y 82. El poder de declarar la guerra, el poder de dictar las leyes, el poder de decidir en última instancia y el poder de suspender la vigencia de las leyes. Las tres últimas pertenecen a la dimensión simbólica de la soberanía interna -la otra a la soberanía externa- y son manifestación de la facultad de decir la última palabra acerca de lo que es derecho y lo que no lo es.

¹³³ José Antonio Estévez Araújo. *El revés del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 81 y 82.

La soberanía encarna el poder de crear el derecho; dictar, interpretar, decidir y suspender las leyes; es allí en donde se encuentran enraizadas las potestades del Estado y la fuente de toda autoridad estatal. Es el Estado el que señala quién y de qué manera ejerce las funciones para acometer los fines estatales; para ejercer la función pública que cubre las demandas del nuevo soberano, el pueblo. Así entonces es como la población se constituye en elemento que estructura el Estado social de derecho.

De esta manera se pasa de una administración pública que garantiza libertades individuales, absteniéndose de violarlas y logrando que terceros también lo hagan, a una administración pública que continúa por esas líneas pero de manera instrumental para el desarrollo de su propósito principal, consistente en garantizar derechos sociales y estándares de igualdad (material) fundados en la solidaridad. La relación entre la administración pública y la población (ciudadanía) continúa siendo trascendental; esta sin embargo supera las consideraciones individuales, para dar paso a una realización de la solidaridad como presupuesto para alcanzar la igualdad (material) y de manera más genérica para realizar los derechos sociales. La población sigue siendo por excelencia la razón de ser de la administración, su principal versión de lo “público”, pero no con la lógica individualista, ya superada¹³⁴.

Así, es la población la razón por excelencia de la administración pública y la principal versión de lo ‘público’; es entonces elemento que estructura el Estado constitucional. Además de ser elemento que estructura el Estado, la población se constituye en la razón de ser de la función estatal y define los fines constitucionales. Esta relación del Estado con la población –en sentido amplio- se hace mediante el ejercicio de funciones públicas.

¹³⁴ Alberto Montaña Plata. *Op. Cit.*, p. 81 y 82.

Por tanto, la fe pública es un poder del Estado, es ejercicio que se ejecuta con autoridad por parte de sus agentes, a través de documentos nominados Instrumentos Públicos. Su fuerza vinculante surge de la potestad estatal, sin mediación de la voluntad de los gobernados o administrados¹³⁵.

Y señala la jurisprudencia que la función que desarrollan los notarios es por esencia una función pública, como que son depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Y los particulares encargados de funciones públicas, al ejercerlas ocupan la posición de autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público¹³⁶.

Ya se ha dicho: el servicio público del notariado es función pública, se denomina función notarial y se concreta en la dación de fe. El Estado es fuente de seguridad jurídica; de verdad sobre los instrumentos públicos; de la facultad de crear la prueba en la forma y por el medio que se diga en la ley. El Estado, en el ejercicio soberano de crear derecho, ha delegado la función pública de dar fe a un particular denominado notario.

7. Un particular con funciones públicas.

El artículo 209 Superior establece los principios objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado la Corte Constitucional, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros o finalísticos, tenemos que la función administrativa propiamente dicha se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y por último, entre los organizacionales se

¹³⁵ Superintendencia de Notariado y Registro, Instrucción Administrativa n° 23 y 22 de agosto de 1995.

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-181/97, MP F. Morón.

hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones. Así, en el fenómeno jurídico de la descentralización, se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales; o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas. Siguiendo este derrotero, el concepto de descentralización, se trata de "...un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas"¹³⁷.

7.1 Es una delegación parcial del Estado.

El Estado ejerce la soberanía, entre otros modos, con la creación y aplicación del derecho. De esa soberanía se desprende la autoridad estatal, que se manifiesta en las prerrogativas de las que el Estado dispone para el cumplimiento de sus finalidades. Los fines estatales se cumplen sin consideración de los sujetos que sirven de gestores, por lo que los particulares pueden hacerlo en las condiciones que el ordenamiento jurídico los habilite. Es así como la capacidad de dar autenticidad a documentos es una prerrogativa del Estado, la cual puede ser delegada a un particular. De esta manera, el estado ha delegado en el notario, para el solo hecho de la autenticación, la dación de fe sobre los documentos que conoce.

¹³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-561/99, MP A. Beltrán, citando a C-496/98, MP E. Cifuentes.

Esta delegación se ejerce desde una profesión liberal sometida al control del Estado. El notario no pierde su condición de particular, a pesar de la prerrogativa estatal delegada, por lo que la concreción de la actividad desplegada es el ejercicio propio del abogado en el asesoramiento y consejo a las partes contratantes, que finaliza con la autorización del negocio. De esta manera se asegura el servicio público de la autenticidad, como la imposición de la verdad en los negocios documentados por el notario como fedante.

7.2 La descentralización por colaboración.

La Corte Constitucional ha sostenido que la descentralización por colaboración permite al Estado desagregar del catálogo de sus funciones, aquellas que por razones presupuestales o de eficiencia le resultaría más oneroso ofrecer directamente. La asignación de ciertas funciones públicas a los particulares implica la dejación de la responsabilidad por el manejo de los recursos necesarios para la prestación del servicio, responsabilidad que se traslada al particular que asume dicho compromiso. Así, por razones de eficiencia administrativa se busca el traslado de las competencias y funciones estatales hacia los beneficiarios del servicio y el acceso a su ejecución de personas que posean medios técnicos o especiales conocimientos en la gestión empresarial¹³⁸. De esta forma la descentralización se da en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares en el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado¹³⁹.

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1040/07, MP M.G. Monroy.

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1508/00, MP J. Charry.

Ya ha quedado establecido que las tareas que cumplen los notarios tienen la naturaleza propia de la función pública y de un servidor público con el propósito de realizar los fines del estado como función administrativa.

La Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Constitución Nacional, ha entrado a definir sobre la naturaleza de la función notarial. Para ello ha construido la tesis a partir de las sentencias C-484 de 1995, C-286 de 1996, C-181 de 1997, C-093 de 1998 y C-741 de 1998.

Dentro de las categorías básicas de los servidores públicos que trae la Constitución de 1991 no se encuentran los notarios; pero aparecen, sin ser empleados públicos, ni trabajadores oficiales, ni alcanzan el rango de funcionarios públicos, como particulares nombrados en propiedad y por concurso por el Gobierno y que atienden un servicio público permanente y reglamentado por la ley¹⁴⁰.

Dada la complejidad de las relaciones que deben establecerse en el seno de la colectividad y el necesario acomodamiento de las instituciones a las exigencias reales impuestas por la convivencia, han quedado atrás los moldes formalistas y los criterios herméticos para dar paso a la concepción material de la cosa pública, a la creciente participación de todos en las decisiones que los afectan y al cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, con miras al servicio efectivo de la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º C.P.) Por ello la Constitución ha previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada -artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución)-. Ante la existencia de

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-484/95, MP F. Morón.

varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de función pública por particulares -artículos 131, 246, 365 C.P.- entre otras, no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas¹⁴¹.

Procurar el concurso de los particulares vinculándolos progresivamente a la realización de actividades de las cuales el Estado aparece como titular, es la manifestación que responde a la denominada descentralización por colaboración, inscrita dentro del marco más amplio de la participación de los administrados. Como consecuencia de la forma en que se ha desdibujado la separación absoluta entre las esferas pública y privada, la sociedad se muestra propicia al afianzamiento de una concepción material de los asuntos públicos, en virtud de la cual, los particulares vinculados a su gestión, si bien siguen conservando su condición de tales, se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades anejas al desempeño de funciones públicas. Predicado que según lo expuesto, tiene un fundamento material, en cuanto consulta preferentemente, la función y el interés públicos involucrados en las tareas confiadas a sujetos particulares. El artículo 131 de la Carta Política instituye la función notarial como un servicio público en el que se advierte una de las modalidades de la aludida descentralización por colaboración, ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares¹⁴².

El notario es entonces un particular con carácter de autoridad a quien el Estado ha confiado la importante labor de brindar seguridad jurídica a los actos, contratos, negocios jurídicos y situaciones o relaciones jurídicas de los individuos, cuando en aquellos se exige el cumplimiento de ciertas solemnidades o cuando los

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-286/96, MP J.G. Hernández.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-181/97, MP F. Morón.

interesados, previo acuerdo, optan por revestirlos de las mismas. Al respecto cabe anotar que la función notarial implica la guarda de la fe pública, la cual otorga la presunción de plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese en relación con los hechos percibidos por él en ejercicio de sus funciones¹⁴³.

Por último, nada en la Carta se opone a la posible regulación de que la función fedante quede en determinadas instituciones estatales y conferir por ende a los notarios la calidad de servidores públicos, puesto que la Constitución en manera alguna ordena que los notarios deban ser particulares y que este servicio deba ser prestado obligatoriamente mediante una forma de descentralización por colaboración, puesto que es también posible que la ley regule de manera diversa el servicio notarial y establezca que los notarios y sus subalternos adquieren la calidad de servidores públicos. La Constitución confiere una amplia libertad al legislador para regular de diversas maneras el servicio notarial, puesto que el texto superior se limita a señalar que compete a la ley la reglamentación del servicio que prestan los notarios y registradores, así como la definición del régimen laboral para sus empleados (CP art. 131). Por consiguiente, como hoy ocurre, puede la ley atribuir la prestación de esa función a particulares, estableciendo los correspondientes controles disciplinarios y administrativos para garantizar el cumplimiento idóneo de la función¹⁴⁴.

7.3 Es función de profesión liberal y funcionario público.

Seguramente, buena parte de la confianza que ha generado la actividad notarial, durante más de un siglo, tiene que ver con la peculiar configuración de su función (y de su progresivo diseño institucional), que aúna las ventajas de la función pública y las de la profesión liberal. El notario, de modo inescindible según se

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia de 8 de febrero de 1996.

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-741/98, MP A. Martínez.

suele subrayar, ejerce la fe pública (efectuando a la vez un juicio de legalidad sobre el contenido del negocio que documenta) y presta asesoramiento jurídico; es decir, actúa como funcionario al tiempo que ejerce la profesión de jurista. Es un profesional privado que cumple funciones públicas o de interés público, obrando con plena autonomía e independencia. Los deberes que trascienden a su condición de fedatario y que tienen más que ver con su función de documentador de voluntades ajenas se proyectan, por un lado, sobre la propia relación existente entre las partes del negocio documentado y se orientan a garantizar la mayor simetría informativa entre éstas. Y ello mediante “un servicio jurídico personalizado y equilibrador” o, en otros términos, a través de una “imparcialidad compensadora”¹⁴⁵.

Es, desde luego, la dimensión de profesional liberal la que determina que rijan el principio de rogación y libre elección de notario, que sin duda produce el surgimiento de una relación basada en la confianza (confianza personal en un notario determinado). En este punto, la actividad notarial acoge uno de los aspectos más positivos de la institución “profesión jurídica liberal”: la relación abogado-cliente. El otro es que el notario ejerce sus funciones en un marco de competencia (concurrentia leal), de manera que puede ganar o perder clientela. Pero, al mismo tiempo, el notario tiene un deber legal de imparcialidad absoluta (autonomía e independencia), esencial de la confianza de las partes, sobre todo de aquella que no lo haya elegido o retribuido (confianza personal institucional). Este status de agente imparcial se manifiesta en deberes negativos de abstenerse de favorecer a una de las partes, pero también de deberes positivos: en compensación de la parte que acude en situación de inferioridad; en la condición de fedatario; y en el control de legalidad. Y todos esos deberes positivos y negativos pueden concebirse como expresión del haz de expectativas sociales dirigido a la institución “función pública”. Este diseño dual ha permitido aunar ideas

¹⁴⁵ Jesús-María Silva Sánchez. La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p 265.

aparentemente contrapuestas, como son la independencia o imparcialidad, por un lado, y la confianza, por el otro; la posición del juez y la del abogado.

La confianza personal suele asociarse a una visión de parte; la independencia, en cambio, no inspira confianza personal, sino institucional, como se ha señalado. Pues bien, el notario que es elegido y retribuido por una de las partes parte que confía en él como persona/profesional, contribuye “a la paz jurídica eliminando posibles controversias judiciales al dar fijeza a ciertos hechos, actos y negocios y, si esto no se logra, proporcionando una prueba que facilita la determinación de los hechos”; por otro, lleva a cabo también una “actividad de consejo, asesoramiento, aclaración y explicación a las partes, especialmente a las que más lo necesiten, del alcance del negocio que realizan”, actividades que son fuente de confianza (en la profesión/ institución) para la sociedad en su conjunto¹⁴⁶.

Los notarios son al tiempo profesionales del derecho y funcionarios públicos: como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar; como funcionarios ejercen la fe pública notarial: en la esfera de los hechos, la exactitud de los hechos que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos, y en la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes¹⁴⁷.

De igual manera, Ernesto Tarragón, citado por Vicente Martorell García, dice que "... la actividad notarial que tiene una clara tendencia hacia el documento, no se confunde con él y podemos separar la función asesora de la función formalizadora, pues hay actividad notarial, y de la buena, cuando la intervención

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 266 y 267.

¹⁴⁷ Jesús Julián Fuentes M. Control de legalidad notarial e ilícitos penales. En Jesús Julián Fuentes. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p 38.

del notario no se culmina con la autorización del documento... Por lo que, realmente, la función asesora notarial de lo que es inseparable es del control de la legalidad: hay actividad notarial sin documento, pero no puede haberla sin control de legalidad..." La actuación típica notarial, conforme a su doble condición, es a la vez profesional (asesoramiento y redacción) y funcional (control de legalidad, autenticación y conservación), si bien económicamente aquélla queda subsumida en ésta mediante su conjunta retribución arancelaria en el caso de que el documento llegue a autorizarse¹⁴⁸.

Carlos Fernández De Simón Bermejo¹⁴⁹, señala que como profesionales del derecho, centrándonos brevemente en su significado, nos referimos en primer lugar a nuestro carácter de profesionales del derecho, que ejercemos desde nuestra condición de juristas, de juristas cualificados (lo que se acredita al superar el riguroso sistema de selección), y que se manifiesta, ya lo hemos visto en el artículo citado, en el deber de asesoramiento a nuestros clientes. Es "*el momento culminante, pleno, de nuestra actividad*" (Cuevas). En palabras de Rodríguez Agrados -un notarialista maestro de notarios- cuando el notario recibe a su cliente e indaga su voluntad "se encuentra en ocasiones con una voluntad incompleta, porque sólo se dirige a los efectos fundamentales e inmediatos, una voluntad imprevisora, que no tiene en cuenta otras ofertas a largo plazo, una voluntad errónea, por ignorancia de hecho o de derecho, una voluntad deformada, por los prejuicios y falsos conocimientos jurídicos, un consentimiento discorde, cuando se trata de negocios bilaterales o plurilaterales, una voluntad, en fin, ilegal, pues choca en todo o en parte con el ordenamiento jurídico". Pues bien, la finalidad del asesoramiento notarial es la de adecuar las voluntades entre sí, y adecuar esta voluntad común al ordenamiento (art 147 del Reglamento: "El Notario redactará el

¹⁴⁸ El notariado del siglo XXI - Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, n°43 disponible en: http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=3028&seccion_ver=0.

¹⁴⁹ Carlos Fernando De Simón B. La posición del notario ante los deberes de secreto profesional y de denuncia de posibles conductas delictivas. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p. 223 y 224.

instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción”. Y tal finalidad del asesoramiento ya determina su ámbito y sus límites: el notario desarrolla su actividad receptora, conformadora, conciliadora, creadora y asesora, en el ámbito de los actos y negocios jurídicos (Cuevas); y este asesoramiento se configura como un deber del notario, de carácter institucional y, por tanto, que se desarrolla con imparcialidad y con el límite de la Ley, velando por la regularidad, no meramente formal, sino también material, de los fines jurídicos de las partes.

De Simón Bermejo, sigue: la otra dimensión del notario es la de funcionario público, indisociable de la anterior (la de particular), que tiene el cometido, de ejercer la Fe pública notarial, lo que se traduce en: Redactar el instrumento público adecuándolo a las voluntades y a la Ley. Autenticar o dar Fe de los hechos que el notario presencia y, particularmente del consentimiento libremente prestado ante él. Conservar en su protocolo los instrumentos autorizados. “Todo ello como tal funcionario público, e incardinado en la dependencia jerárquica del Ministerio de Justicia, lo que se traduce en que sus actos son revisados en la vía administrativa, en las limitaciones inherentes a toda función pública en cuanto al acceso, establecimiento o retribución, en que su función se desarrolla con objetividad, imparcialidad, obligatoriedad, y colaboración con los poderes públicos, etcétera”¹⁵⁰.

Y Jesús Julián Fuentes M,¹⁵¹ refiere que el notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente, de manera que realiza un oficio público –la llamada función certificante y autorizante– y un oficio privado –la que es propia de un profesional

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 224.

¹⁵¹ Jesús Julián Fuentes M. *Op. Cit.*, p. 39.

del derecho llamado a cumplir tareas de pericia legal, de consejo o de adecuación-. Dos vertientes –privada y pública- que configuran una misma función, la notarial, dotándola de una especial coloración que la hace distinta de la otra. Este doble carácter de la función notarial está reconocido por el Tribunal Supremo, y por el Tribunal Constitucional¹⁵².

En todo caso, la función notarial es una función administrativa propia de la esencia del Estado, dada por la connotación soberana de imponer como verdad todo acto rubricado por el notario, como servidor público delegado para ello. Un particular facultado para ejercer esas funciones, cumple la doble actividad de asesorar y aconsejar para la estructuración del negocio jurídico y como dador de fe del acto que rubrica; por lo que el servicio notarial es la imposición, a nombre del Estado, de la verdad oficial con garantía de seguridad jurídica.

SECCIÓN CUARTA. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.

La sentencia C-1508 de 2000 ha señalado algunas notas distintivas del servicio notarial, como son: (i) es un servicio público, (ii) de carácter testimonial, (iii) que apareja el ejercicio de una función pública, (iv) a cargo normalmente de los particulares en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y (v) a los cuales se les otorga la condición de autoridades. Hay otras notas características que es necesario mencionar en este trabajo.

1. Es función rogada.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 39. Tribunal Constitucional, en la STC 87/1989, de 11 mayo, dijo ya esto: “Desde el artículo 1 del Reglamento de 1935, parten todos ellos –se refiere a los reglamentos- del principio que se mantiene en la actualidad de que los notarios tienen el doble carácter de funcionarios públicos y profesionales del Derecho”. Partiendo de esta doble configuración del notario como funcionario público depositario de una potestad pública propia del Estado, como es la de la fe pública extrajudicial, que, además, ejerce como profesional libre del Derecho, cumpliendo tareas de pericia legal, de consejo o de adecuación, es como hemos de resolver la cuestión planteada.....”. En igual sentido el Tribunal Supremo Español en sentencia de la Sala 3ra de la 10 de junio de 2003.

La actuación rogada se opone a la actuación oficiosa. En el documento público notarial existen interesados en ser titulares de la confección notarial, los cuales aportan los elementos necesarios para esa confección. Por lo que, los notarios sólo procederán a ejercer sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho de elegir libremente el notario ante quien deseen acudir, salvo lo estipulado en el reparto¹⁵³.

Las funciones notariales recaen principalmente sobre el ámbito documental y revisten un carácter rogado en tanto que se despliegan a partir de una solicitud de un tercero. Adicionalmente, dichas funciones son indelegables y se limitan a recibir, extender y conferir autenticidad a las manifestaciones de voluntad de quienes acudan a su ministerio¹⁵⁴. Por lo que es condición para activar la actividad notarial la libre elección del despacho notarial, acción sin la cual no hay comparecientes como paso ineludible para constituir el documento público. No hay actuación oficiosa en la creación de este instrumento.

Es, entonces, que la competencia de los notarios es eminentemente rogada y está regida por el principio de la autonomía de la voluntad y el mutuo acuerdo, lo cual evidencia la ausencia de poderes decisorios dentro de la función notarial¹⁵⁵. En cumplimiento de tales actividades el notario ejerce una competencia estrictamente documental ya que todos los actos en los que interviene deben constar por escrito, generalmente en la escritura pública o el acta notarial¹⁵⁶.

2. Es función indelegable.

El notario es un particular que presta un servicio público a nombre del estado

¹⁵³ Decreto-Ley 960/70, art 4 y Decreto 2148/83, art 2.

¹⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-076/06, MP J. Córdoba.

¹⁵⁵ Así lo reiteró la Corte Constitucional, Sentencia C- 076/06, MP J. Córdoba.

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo.

mediante el principio organizacional de descentralización por colaboración, para ejercer la función pública de dar fe sobre los hechos y negocios que se le presenten. Dichas funciones son indelegables y se limitan a recibir, extender y conferir autenticidad a las manifestaciones de voluntad de quienes acudan a su ministerio¹⁵⁷. Pero, bajo su responsabilidad, el notario podrá crear los empleos que requiera el eficaz funcionamiento de la oficina a su cargo, con especial cuidado en la selección de los empleados; velará por su capacitación y por el buen desempeño de sus funciones y cumplirá las obligaciones que para con sus subalternos le señalan las normas legales¹⁵⁸.

No cabe duda de que el notario cumple, en desarrollo de sus actividades, funciones administrativas que aparejan potestades que le han sido atribuidas por la ley. Esa autoridad implica una supremacía de quien la recibe sobre quienes están dentro de su ámbito de actuación, delimitado por la ley, de manera que éstos quedan vinculados jurídicamente con aquél dentro de una relación de subordinación, para el ejercicio de sus derechos o la realización de las actividades que supone la prestación de un servicio¹⁵⁹.

No tiene el notario la facultad de delegar la potestad que le ha sido entregada para cumplir la función fedante.

3. Es función documental.

Se ha de entender como aquella labor que está sustentada o evidenciada por medios textuales o escritos, en la que el interesado ha de demostrar o evidenciar un asunto que brinde la información necesaria para acreditar los elementos de otro asunto. Así, para el negocio de compraventa es requisito acreditar la titularidad del bien objeto del negocio, la capacidad para asumir derechos y obligaciones, etc.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-076/06, MP J. Córdoba.

¹⁵⁸ Decreto 2148/83, art 118.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1508/00, MP J. Charry.

En cumplimiento de las actividades notariales, el notario ejerce una competencia estrictamente documental ya que todos los actos en los que interviene deben constar por escritura pública o acta notarial¹⁶⁰. Así lo venía diciendo la Corte Suprema de Justicia, al entender que el sistema de derecho notarial adoptado por Colombia está regido, entre otros, por el principio de la literalidad. Por tanto, la actividad del notario en ejercicio de la función que le es propia, es esencialmente documental; respondiendo a esa función esencial que cumple el notario, los actos por él intervenidos deben constar ordinariamente por escrito¹⁶¹.

3.1 Dimensión del documento.

Carlos Nicolás Gattari, define el documento como todo aquel que emana de quien ejerce función pública y lo crea cuando ejerce sus funciones. Así se dice que el administrativo resuelve una petición; la sentencia dirime una controversia; el asiento registral publicita para la oponibilidad, y el instrumento notarial o auténtico forma los negocios y actos jurídicos para darles existencia y prever la prueba. Todos estos son documentos públicos, pero en ellos se forman dos grupos: el notarial y los demás. Los actos formales son *ad solemnitatem* y *ad probationem*: unos son forma de ser y otros son forma de valer. Los actos solemnes son esenciales y su falta produce la nulidad¹⁶² (CCC, art 1857, inc 2. La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.)

Dentro de las formas públicas se encuentran las notariales. Gattari, citando a Julio R Bardallo, dice que la notarial es la forma jurídica auténtica y legitimadora de los

¹⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo. De igual manera la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 13 de junio de 1983.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 13 de junio de 1993, citado por Ocaris Úsuga Varela. *Estatuto del Notariado Colombiano*. p 51.

¹⁶² Carlos N Gattari. *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires. Depalma, 1988. p. 21 a la 23.

actos y negocios jurídicos. La juridicidad califica a esa forma porque el autor y los otorgantes actúan como sujetos de derecho y lo que de ella se concluye es un contenido jurídico. La autenticidad es un valor primordial de la forma notarial. Autenticidad y forma notarial son conceptos paralelos que se subsumen recíprocamente. La autenticidad suscita espontáneamente la idea de forma notarial, y ésta comprende la autenticidad; así, pues, se trata de una característica unificada en el instrumento. Por ello el término es *instrumento notarial* o *instrumento auténtico*, para diferenciarlo de los demás documentos públicos¹⁶³.

Es por ello que el Instrumento notarial o auténtico, una especie de documento jurídico público en el cual: (a), una persona singular con el oficio de autenticar, conocida por notario, escribano o su equivalente, (b), procede a dar fe de los hechos y dichos emitidos en acuerdo por los comparecientes en asuntos de derecho privado, y de los hechos y dichos propios, (c), con el fin de darles forma, constituirlos y probarlos para los interesados ante la comunidad¹⁶⁴.

Un instrumento notarial es simplemente auténtico o no lo es. La escritura pública es un documento notarial o auténtico que constituye un negocio jurídico; este es el criterio de distinción de la escritura pública (a diferencia del acta que lo constituye excepcionalmente –acta de depósito-) Las escrituras públicas pueden ser: constitutivas, dispositivas o traslativas; de reconocimiento de relaciones jurídicas, o confesorio normativa y elevación a escritura pública de documentos privados. Para el presente trabajo, solo nos incumbe la primera clasificación: la escritura constitutiva es la que sustantivamente constituye o aparenta constituir el propio negocio, por disposición de la ley o por voluntad de las partes, operando como acto o forma sustantiva¹⁶⁵.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 23.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 27.

El documento no solamente es un medio de prueba y añade todas las garantías a la contratación, sino que como obra de un auténtico ejercicio de función pública, se introduce en el proceso de seguridad que el Derecho supone y no sólo añade garantías entre privados, frente a las partes y frente a los terceros, sino que supone una pieza importante en la elaboración del sistema jurídico total del que el Estado es público garante. Esto es, la seguridad jurídica, valor sustancial de la Constitución. Y cuando se habla de seguridad jurídica, lo que está en juego tras su invocación son bienes y valores jurídicos y no meros derechos subjetivos ni criterios lógicos referidos a la estructura formal de las normas¹⁶⁶.

Cuando el notario autoriza un documento es indudable que con ello incorpora todas las garantías: lo más importante es que controla la legalidad. Podría pensar que el control de la legalidad es simplemente la constatación o verificación de que el acto o contrato autorizado no viola ningún texto legal: significa introducir el acto o contrato autorizado en la plenitud de la vida jurídica, incluirlo en una totalidad donde pueda cumplir todos sus fines y donde ayude a que las demás piezas del sistema jurídico también lo cumplan. Mediante el cumplimiento de las múltiples obligaciones legales que el notario tiene como funcionario, su control de la legalidad produce el efecto de introducir el acto privado del particular en un sistema público de seguridad y de garantías. Esto supone que el acto se integra dentro de los valores supremos de seguridad y legalidad proclamados por la Constitución¹⁶⁷.

4. Es función testimonial.

El testimonio es la aseveración de la existencia u ocurrencia de un hecho; es dar fe de la existencia de algo. Cuando esa aseveración se hace con la investidura del

¹⁶⁶ Pilar Blanco-Morales L. Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p. 20

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 20 a 25.

Estado, en ejercicio de funciones públicas, se está dando fe pública y, en consecuencia, la que dan los notarios es fe notarial en ejercicio de la función fedante.

La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones en los casos y con los requisitos que la Ley establece. Así es como el notariado constituye un servicio público que implica el ejercicio de la fe notarial¹⁶⁸.

La función notarial en términos generales, debe ser entendida principalmente como una función testimonial de autoridad, que implica la guarda de la fe pública, teniendo en cuenta que el notario, en virtud del servicio que presta, debe otorgar autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él, y en consecuencia, dar plena fe de los hechos que ha podido percibir en el ejercicio de tales competencias. En los despachos notariales, fundamentalmente, se da autenticidad a cuanto negocio jurídico se celebra ante los notarios, quienes los invisten de fe pública, les dan certeza, seguridad y credibilidad plenas. Los notarios son, por consiguiente, personas humanas llamadas a cumplir funciones relevantes en la vida de la comunidad, dado que dan validez jurídica a actos bilaterales o unilaterales o a hechos que surgen de las relaciones entre las personas que acuden a ello¹⁶⁹.

La función notarial consiste, esencialmente, en la certificación de la fe pública, lo que quiere decir que los notarios certifican la autenticidad de los actos particulares y públicos, dan fe oficial de que lo consignado en documentos de tránsito privado y público es lo que sus autores quisieron incluir en ellos y refrendan la ocurrencia de hechos que han sido puestos a su consideración, con el fin de dar plena validez

¹⁶⁸ Ley 29/73, art 1, Decreto 2148/83, art 1 y Ley 588/00, art 1.

¹⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-399/99, MP A. Martínez.

jurídica a los fenómenos de la realidad fáctica. Los notarios, en suma, confieren presunción de autenticidad y veracidad a los hechos y documentos de que son testigos, lo cual resulta crucial para el desarrollo pacífico de las relaciones sociales¹⁷⁰.

5. Es función técnica.

Son funciones de los notarios aquellas relacionadas con el deber de propender por una seguridad jurídica a los actos, contratos, negocios, declaraciones y relaciones jurídicas, a través del cumplimiento de solemnidades. La ley consagra los trámites notariales, los cuales se niegan o se autorizan si cumplen los requisitos exigidos¹⁷¹.

El cargo de notario no está señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, y no puede estar porque la función notarial es eminentemente técnica, circunstancia que la hace la antítesis de aquella: el notario no puede estar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador. El notario designado goza de una expectativa, la de que solo puede ser removido por no cumplir sus deberes o cuando la designación de quien lo reemplazará se hace por concurso. Una de las razones que justifica esta afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de buena fe¹⁷².

Se busca que la carrera administrativa permita al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de eficacia, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema

¹⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1040/07, MP M. G. Monroy

¹⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo.

¹⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-617/95, MP A. Martínez.

propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho. Los fines propios de la carrera se surten cuando no pierde de vista el mérito como criterio de selección y soporte del empleo, y cuando respeta la estabilidad del funcionario como presupuesto indispensable para que el sistema opere¹⁷³.

El notario no produce decisión alguna y su intervención se limita a prestar asesoría jurídico-técnica a las partes para que lo expresado ante él cumpla las características esenciales o naturales del negocio que han querido celebrar los otorgantes. Al respecto, el artículo 7° del Decreto Ley 960 de 1970, dispone: "El Notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliadora." El notario, en ejercicio del control de legalidad, debe acatar las disposiciones que regulan la forma de los instrumentos y negocios que se sometan a su conocimiento para cumplir adecuadamente el acto querido por los solicitantes, evitando que el desconocimiento de tales formalidades pueda conducir a la declaración judicial de ineficacia o nulidad del instrumento, y al consiguiente juicio de responsabilidad. Dicho control, que es eminentemente sustancial, se adelanta no en cumplimiento de una potestad juzgadora que, como ha quedado explicado no cumple el notario, sino en virtud de la función asesora de la que ha sido investido por la ley¹⁷⁴.

La Carta ha fundamentado la existencia de una carrera notarial para garantizar aún más la idoneidad de quienes desarrollan esa función pública. En efecto, si la Constitución ordena perentoriamente que los notarios en propiedad sean nombrados por concurso, la existencia de la carrera notarial es la consecuencia natural de ese mandato constitucional. El diseño de la carrera es entonces la forma legal de reglamentar el servicio prestado por los notarios (CP art. 131), por lo cual la carrera notarial, como carrera especial para la reglamentación de la

¹⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-479/92, MP J.G. Hernández y A. Martínez.

¹⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo.

función fedante, tiene pleno respaldo constitucional, tal y como la Corte Constitucional ya lo había señalado en anteriores decisiones, en las cuales señaló que, al ser la función notarial una labor eminentemente técnica, y al haber ordenado la Carta el nombramiento en propiedad de los notarios por concurso, entonces debe entenderse que la Constitución establece la carrera notarial como un sistema especial de carrera¹⁷⁵.

Por ello, la carrera notarial, como mandato constitucional, es la forma legal de reglamentar el servicio prestado por los notarios, por lo cual, como carrera especial está dada para la reglamentación de la función fedante, al ser la función notarial una labor eminentemente técnica. Es así que la facultad de los nominadores de los notarios no es discrecional, por cuanto los notarios no son sus agentes sino personas que ejercen una función pública eminentemente técnica, y sólo se limita a nombrar a la persona que haya obtenido el mejor puntaje en el concurso respectivo.¹⁷⁶

Para definir el carácter técnico de la función notarial encontramos la exposición de Carlos Nicolás Gattari¹⁷⁷, quien entiende que “las relaciones normales, en la vida común, se manifiestan en primer término en la palabra por el concepto del honor, o bien en los documentos que representan una garantía permanente por aquello de que *scripta manent* a lo que coadyuva la complejidad creciente de los actos negociales y no negociales. El documento refleja hacia todos, los hechos humanos aptos para crear nuevos derechos. (...) A veces, bien para dar existencia o para prestar validez, ciertos actos de manifestación de relaciones reciben de la justicia un sello indubitable: la fe. En realidad, los actos de fe no tienen más que la forma externa del juicio, pero en el acto son actos de autoridad, que es precisamente el presupuesto, base y fundamento de la fe. Mientras en el juicio se establece sobre la base (...) del desacuerdo en sus puntos de vista y en el derecho aducido con el objeto de restituir y reponer, la fe solo se da sobre hechos de conducta humana

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-741/98, MP A. Martínez.

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-741/98, MP A. Martínez.

¹⁷⁷ Carlos N Gattari. *Op. Cit.*, p. 400 y 401.

que se caracterizan por el acuerdo de partes con el objeto de constituir y poner. La función de emitir juicios, es de resultado selectivo; mientras que la de dar fe, el resultado es concorde. (...) El juez juzga, discierne y dictamina en un conflicto: es un proceso quebrado (por haber recursos) de restitución; el notario da fe y autentica los hechos humanos en acuerdo: es un procedimiento lineal (no hay recursos) de constitución. De tal manera queda cubierta la exteriorización del derecho que vive en las ramas sustantiva y de fondo y precisa de las ramas técnica y formales para tener vida externa; muchos derechos de fondo incluyen en sí mismo normas formales, pero las tres generales son las actividades del juez, el notario y el registrador.”

6. Es función de autoridad.

La autoridad, en términos generales y tomada en un sentido objetivo es la potestad de la cual se halla investida una persona o corporación, en cuya virtud las decisiones que adopte son vinculantes para quienes a ella están subordinados. Esa autoridad es pública cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen¹⁷⁸. Así, la autoridad del notario consiste en imponer su verdad en todos aquellos actos en que ejerce la función autenticadora a nombre del Estado.

El notario es, entonces, un particular con carácter de autoridad a quien el Estado ha confiado la importante labor de brindar seguridad jurídica a los actos, contratos, negocios jurídicos y situaciones o relaciones jurídicas de los individuos, cuando en aquellos se exige el cumplimiento de ciertas solemnidades o cuando los interesados, previo acuerdo, optan por revestirlos de las mismas¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-181/97, MP F. Moron.

¹⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo.

Esta función es en principio estatal, ya que el notario puede atribuir autenticidad a determinados documentos y dar fe de ciertos hechos con plenos efectos legales únicamente porque ha sido investido por el Estado de la autoridad para desarrollar esa función. Esto significa que una persona que no ha sido designada formalmente por las autoridades públicas como notario o escribano, según la terminología de otros ordenamientos, no puede dar oficialmente fe de unos hechos o conferir autenticidad a unos documentos, por más que sea la persona más respetada de la comunidad. En efecto, las aseveraciones de un particular que no es notario tienen el valor de un testimonio, que es más o menos creíble, según el valor que las autoridades le otorguen, pero tales aseveraciones no confieren, con efectos legales, autenticidad al documento, por cuanto no desarrollan la función fedante que, dentro del llamado sistema latino, se desarrolla bajo la égida del Estado y por delegación de éste¹⁸⁰. Es entonces, "una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación, asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva"¹⁸¹; ya que en el ejercicio de esas atribuciones ocupan la posición de la autoridad estatal y gozan por consiguiente de las prerrogativas del poder público¹⁸².

El notario es, en el ejercicio de sus funciones, una autoridad pública o estatal, por ser ellas propias del Estado y ser las mismas determinantes de una superioridad o preeminencia del titular, originario o delegado, respecto de los gobernados¹⁸³.

Es indudable que a los notarios en el cumplimiento de sus labores relacionadas con la fe pública, les asiste el carácter de autoridades. Ya la Corte Constitucional ha precisado que los particulares encargados del desarrollo de funciones públicas, "en el ejercicio de esas funciones ocupan la posición de la autoridad estatal

¹⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-741/98, MP A. Martínez.

¹⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C-399/99, MP A. Martínez

¹⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-181/97, MP F. Moron.

¹⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-1159/08, MP J. Araújo.

gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público”. Si bien, quienes prestan el servicio notarial no son servidores públicos, difícil sería entender el conjunto de tareas que les han sido asignadas si actos de tanta trascendencia como aquellos en los que se vierte el ejercicio de su función, no estuvieran amparados por el poder que, en nombre del Estado, les imprimen los notarios en su calidad de autoridades¹⁸⁴.

6.1 Delimitación de la autoridad.

En principio diremos que la limitación que el notario tiene en el ejercicio de la autoridad notarial está enmarcada por la delegación estatal de que es objeto el particular investido para dar fe. Entendiendo con esto que la dación de fe es un servicio público prestado como función pública y ejercida como función administrativa, la que es de estricta autorización legal: solo se tiene la facultad de hacer lo que manda la Constitución y la Ley, dado que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley¹⁸⁵.

También podemos decir que el notario no puede llegar a desplegar una conducta propia de otras funciones como las policiales o judiciales, ciertamente alejadas de las suyas, como averiguar de qué hablan las partes antes de firmar una escritura cuando piden prestada una sala que brinde confidencialidad; o, sin asumir un papel de ignorancia deliberada, no querer enterarse de lo que pasa o hacerse el desentendido¹⁸⁶.

Por eso, cuando la norma dice que la función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción, es porque está ejerciendo otro tipo de

¹⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-181/97, MP F. Morón.

¹⁸⁵ Constitución Nacional de Colombia de 1991, art 121.

¹⁸⁶ Jesús Julián Fuentes M. Control de legalidad notarial e ilícitos penales. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p 61

autoridad; la cual solo puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo círculo notarial¹⁸⁷. Es decir, solo se le ha delegado autoridad para la función fedataria y no otra, dentro del espacio determinado; cualquier otra función a la postre resultaría ajena a la investidura entregada.

7. Es función taxativa.

La función notarial es entonces ejercida por un particular investido por el Estado, de la facultad de autenticar los hechos y negocios que sean puestos para su conformidad legal con carácter de autoridad; por tanto el notario no puede hacer nada distinto de lo que le atribuye la Constitución y la ley, dentro del marco de la delegación entregada que no es más ni es menos que la de mera dación de fe¹⁸⁸.

Están establecidos por la ley¹⁸⁹ los actos en los cuales se ejerce la función fedante y que han sido documentados por el notario conforme a las exigencias legales de cada negocio¹⁹⁰. Las funciones de los notarios están taxativamente detalladas por la ley y se asumen por la designación seguida de la posesión. Dichas funciones públicas son incompatibles con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y con el de todo empleo o cargo público. Además, los notarios públicos están sometidos a un riguroso régimen de inhabilidades e incompatibilidades, además de que son responsables por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones¹⁹¹.

Es pues la función notarial una tarea de dedicación exclusiva: el notario asesora y aconseja, redacta (y/o revisa) los instrumentos públicos, autoriza y custodia el

¹⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-181/97, MP F. Morón; Decreto-Ley 960/70, art 2.

¹⁸⁸ Constitución Nacional de 1991, art 121; Ley 29/73, art 1; Decreto 2148/83, art1; Ley 588/00, art 1.

¹⁸⁹ Decreto-Ley 960/70, art 3.

¹⁹⁰ Decreto-Ley 960/70, art 15.

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 5 Abril de 2001, r13943, citado por Ocaris Úsuga Varela. *Estatuto del Notariado Colombiano*. Medellín: L. Vieco e Hijos Ltda, 2009.

negocio documentado¹⁹². Por ello se advierte un ejercicio personal de la función, aunque persista la asistencia de auxiliares.

8. Es función no jurisdiccional.

La jurisdicción es la potestad que tiene un sujeto u órgano de decidir y mandar sobre las pretensiones expuestas ante él, lo que conlleva la posibilidad de recurrir lo decidido; aparece, necesariamente, el ejercicio de funciones procesales. Esto se contrapone a la actividad documentadora que cumple el notario para la regulación legal del acto o negocio jurídico que se pone a su consideración, a fin de dar fe de que está conforme a la ley.

Por ello, las funciones notariales recaen principalmente sobre el ámbito documental y revisten un carácter rogado en tanto que se despliegan a partir de una solicitud de un tercero. Adicionalmente, dichas funciones son indelegables y se limitan a recibir, extender y conferir autenticidad a las manifestaciones de voluntad de quienes acudan a su ministerio¹⁹³. En todo caso dichas funciones no tienen carácter decisorio o judicial.

Dice la Corte Constitucional que resulta claro que la función notarial no está precedida de jurisdicción, entendida esta como la potestad para administrar justicia o decir el derecho mediante sentencia luego de un proceso previamente establecido y con observancia de los requisitos, exigencias y garantías propias del debido proceso reconocido en la Constitución Política y en la ley. Obsérvese que la posibilidad de definir derechos e imponer sanciones desborda el ámbito de competencia del notario y se traslada a las autoridades judiciales o administrativas con poder decisorio. Por tanto, mal podría exigirse en la actuación notarial el ejercicio del "*jus postulandi*", que comprende el derecho de pedir y defender lo

¹⁹² Decreto-Ley 960/70, art 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 21, 30, 35, 37 y 40; Decreto 2148/83, art 1, 2, 3, 4, 17, 22, 26, 116, 117, 125 y 129; Ley 29/73, art 1; Ley 588/00, art 1.

¹⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C-076/06, MP J. Córdoba.

pedido, utilizando los mecanismos y recursos que otorga el proceso para la satisfacción de las pretensiones. En estos términos, ante el notario no es viable exigir el respeto por el derecho de defensa, la presunción de inocencia o el derecho a presentar y controvertir pruebas, razón por la cual el debido proceso, propio de las actuaciones judiciales y administrativas de orden procesal, es absolutamente inoperante en la actuación notarial¹⁹⁴.

El notario es autoridad estatal, por realizar una actividad de la cual es titular el Estado. Son servidores públicos, pero no lo son en sentido subjetivo por no tener función jurisdiccional, al no ostentar la condición de autoridades administrativas, lo que conlleva a no poder expedir actos administrativos¹⁹⁵.

En estas condiciones, la nulidad constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso no es aplicable al trámite notarial, por tratarse de una nulidad procesal o probatoria, propia de las actuaciones judiciales y administrativas donde se definen derechos que, además, exigen— para su aplicación la previa declaración de autoridad competente. Por ello, las irregularidades o nulidades que deben ser advertidas por el notario y puestas en conocimiento de los interesados, son las sustanciales del acto o negocio jurídico referidas a su existencia y validez—conforme a los artículos 1740 y ss. del Código Civil colombiano— y no las originadas en los trámites procesales o nulidades procesales. El notario debe propugnar por el cumplimiento estricto de la Constitución y la Ley, lo que sólo tiene lugar dentro del marco restringido de su competencia que, como se ha dicho, no es de naturaleza contenciosa ni procesal¹⁹⁶. Por tanto, la autonomía del notario en el ejercicio de su función implica que dentro del marco de sus atribuciones interpreta la ley de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil y no

¹⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo.

¹⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 21 de Abril de 2010, s31848, MP M del R González.

¹⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo.

depende de un superior jerárquico que le revise sus actuaciones para reformarlas, confirmarlas o revocarlas, sino que actúa bajo su personal responsabilidad¹⁹⁷.

Si se advierte que la función notarial tiene como fundamento la función documental, –como quedó dicho–, documentos sobre los que se da la función fedante, contentivos del negocio documentado ante el notario como testigo y por el notario como regulador del negocio jurídico, es forzoso concluir que aquí no existe la tramitación de un proceso.

Así queda claro en la escritura pública, como instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos emitidas ante el notario, con cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley, en la que se señala el perfeccionamiento mediante la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización. El notario revisa las declaraciones de los otorgantes y vela porque se ajusten a la ley y no sean contradictorias; luego da fe de lo ocurrido en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados. En el ejercicio de la función fedante, el notario está obligado a no atender pretensiones de las partes; pero sí en actitud conciliadora y al servicio del derecho, a dar su asesoría y consejo a todos los otorgantes¹⁹⁸.

Puede afirmarse que no existe propiamente proceso en las actuaciones que se cumplen ante notario, pues si bien la ley señala formalidades y requisitos para perfeccionar el instrumento notarial, los mismos no pueden calificarse como actos procesales, ya que el notario carece de poder decisorio e impositivo, de manera que ante él no se plantean conflictos ni se esgrimen pretensiones y excepciones. En cumplimiento de tales actividades el notario ejerce una competencia estrictamente documental ya que todos los actos en los que interviene deben constar por escrito, generalmente en la escritura pública o en el acta notarial. Esta

¹⁹⁷ Decreto 2148/83, art 116.

¹⁹⁸ Decreto-Ley 960/70, art 7, 13 y 14; Decreto 2148/83, art 17.

competencia es eminentemente rogada y está regida por el principio de la autonomía de la voluntad y el mutuo acuerdo, lo cual evidencia la ausencia de poderes decisorios dentro de la función notarial. En efecto, las partes acuden ante el notario para emitir sus declaraciones de voluntad con el fin de que las mismas produzcan determinados efectos jurídicos. Tales declaraciones son percibidas por el notario y posteriormente autorizadas, pero como actos de voluntad de los comparecientes. Este funcionario no produce decisión alguna, y su intervención se limita a prestar asesoría jurídico-técnica a las partes para que lo expresado ante él cumpla las características esenciales o naturales del negocio que han querido celebrar los otorgantes. Cuestión distinta es que el notario, en ejercicio del control de legalidad, deba acatar las disposiciones que regulan la forma de los instrumentos y negocios que se sometan a su conocimiento para cumplir adecuadamente el acto querido por los solicitantes, evitando que el desconocimiento de tales formalidades pueda conducir a la declaración judicial de ineficacia o nulidad del instrumento. Dicho control, que es eminentemente sustancial, se adelanta no en cumplimiento de una potestad juzgadora que no cumple el notario, sino en virtud de la función asesora de que ha sido investido por la ley.¹⁹⁹.

De otro parte, el notario, en su condición de notario y como administrador de una oficina pública que de igual manera hace recaudo de dineros públicos y maneja personal, etc, hace actuaciones que no están bajo la función fedante. Estas tienen otro régimen. Ha dicho la Corte Constitucional que “Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controvertibles ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo,...”²⁰⁰.

9. Es función preventiva.

¹⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-093/98, MP V. Naranjo.

²⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-250/98, MP A. Martínez, sentencia que reitera la tesis del H Consejo de Estado en sentencia del 26 de octubre de 1990, Sección Primera.

La función preventiva de la función notarial se concreta en la seguridad jurídica, la cual se comienza a realizar con el control de legalidad que hace el notario a los negocios que se documentan ante él y regulados por él para ser autorizados.

La seguridad jurídica o se presta en las fases iniciales previas a la celebración del negocio jurídico y en el mismo momento de su celebración, o no es tal, pues lo que se haga o se quiera añadir a posteriori ya no vale tanto. Será otra cosa, bien un remedio económico, bien un reforzamiento de la seguridad ya prestada, pero no es la seguridad preventiva en el verdadero sentido de la palabra. Es que, en puridad, ni siquiera sería seguridad. La seguridad jurídica entraña tres dimensiones: conocimiento y certeza del derecho positivo (i), confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social (ii), y previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de tercero(iii). Los documentos públicos notariales, resultado final de la actuación notarial o del ejercicio de la fe pública notarial, sirven directamente al logro de esa seguridad jurídica, así:

Dando certeza a la aplicación del Derecho objetivo a las relaciones y derechos subjetivos, garantizando la aplicación de la Ley mediante el control de legalidad y el asesoramiento legal.

Colaborando a la confianza de los ciudadanos en las relaciones jurídicas y derechos que gozan de la fe pública notarial.

La fe pública notarial favorece y consolida la seguridad jurídica garantizando la previsibilidad de las consecuencias de las propias acciones o de las actuaciones de terceros que gozan de la fe pública en el tráfico jurídico, dispensando al individuo y a la sociedad un sentimiento de seguridad frente a las perturbaciones que puedan sufrir sus derechos²⁰¹.

De otra parte, esta idea también es desarrollada por Elena I. Highton²⁰² y otros, que define el papel del notario, como el escenario que se construye adecuado al

²⁰¹ Jesús Julián Fuentes M. Control de legalidad notarial e ilícitos penales. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p. 44 a 46.

²⁰² Elena I Highton y Angélica G.E. Vitale. *Op. Cit.*, p. 61 a 85.

florecimiento del mercado al crear situaciones propicias que vienen de la confianza, pues el desarrollo del mercado se cimienta en la seguridad jurídica. La seguridad jurídica preventiva actúa antes de que la lesión se produzca, mientras que la seguridad jurídica represiva descansa en la intervención del Poder Judicial para solucionar el conflicto presentado.

La seguridad jurídica preventiva admite dos puntos de vista: el estático, que contempla la protección de los derechos y relaciones jurídicas atendiendo a sus títulos creadores o constitutivos, y el dinámico que tiende a la protección de las situaciones producidas como consecuencia de la confianza. Históricamente nace la necesidad de un sistema de seguridad jurídica preventivo de tipo dinámico con la implantación del sistema económico denominado 'de mercado' o 'de comercio'.

La respuesta a la necesidad de un mecanismo o sistema de seguridad jurídica de tipo preventivo y dinámico en los ordenamientos jurídicos de corte romano-germánico, fue la creación de un sistema que consiste en colocar junto a las partes un tercero imparcial –el notario de tipo latino– que se convirtió en el redactor del documento, el consejero legal de las partes y tuvo como principal objetivo velar por los intereses públicos y de terceros, dando fe del documento.

El sistema de seguridad jurídico preventivo trata, en efecto, y desde el primer momento en que los particulares concluyen su acuerdo, de evitar posibles defectos de legalidad y/o información, posibles errores o malentendidos interpretativos, tanto de forma como de fondo, que pudieran derivar en su momento en ineficacia o ilegalidad de lo acordado, cuando no en conflicto o litigio. Si, pese a todo, la relación se torna conflictiva, la existencia de documento público contribuye a facilitar y agilizar la resolución judicial.

El sistema de seguridad jurídica preventiva tiene claras consecuencias preventivas para los usuarios, ya que por un lado implica un claro ahorro inmediato, al

disminuir enormemente los costes de información y asesoramiento a la hora de efectuar transacciones; por otro, y al aumentar la garantía de indisputabilidad de lo pactado, proporciona un ahorro de costes más permanente y a largo plazo, derivado de su efecto preventivo respecto de eventuales conflictos.

La seguridad jurídica integra el plexo de valores jurídicos esenciales de toda convivencia civilizada. Puede decirse que hay seguridad jurídica cuando existe un sistema regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante normas susceptibles de ser conocidas, que solo son aplicadas a conductas posteriores y no previas a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad y que son dictadas por quien está investido de facultades para ello. Se puede considerar claramente el principio de seguridad jurídica, como un 'valor inherente al Estado de Derecho'²⁰³. El principio de seguridad jurídica se enlaza directamente con el de legalidad²⁰⁴.

Hoy se espera del notario ya no un mero fedatario público, sino un profesional cuya actuación sea más detallada y prolongada en el tiempo. Un verdadero

²⁰³ *Ibíd.*, p. 65. Ello supone: normas claramente formuladas, formalmente publicadas, no causantes de incertidumbre. Supone la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Es, en definitiva, certeza sobre el ordenamiento jurídico. Se impone en primer lugar al Poder Legislativo, entendiendo esta noción como amplia, comprensiva no solo del legislativo en sentido estricto, sino también de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Se impone al Poder Ejecutivo, de modo que los actos de la administración pública deben estar presididos por el principio de legalidad y normativa. Y, por último, se impone al Poder Judicial, en la aplicación del principio de legalidad. Pero también el de igualdad de todos los ciudadanos en la aplicación de las normas, de modo que dote a las resoluciones judiciales de un efecto de previsibilidad, es decir, la razonable confianza de que la pretensión jurisdiccional recibirá la misma respuesta obtenida para otros casos iguales. Se puede concluir que el control constitucional cumple una función de seguridad jurídica, ofrecen al ciudadano la seguridad de que ninguno de los poderes políticos traspasará los límites del Estado de Derecho, ni desconocerá sus derechos fundamentales.

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 61 y 62. La seguridad jurídica comprende tres fases básicas: Seguridad por medio del Derecho: significa que el ordenamiento garantiza que los terceros no avasallarán derechos ajenos y que el Estado sancionará a quien lo haga, el opuesto contradictorio de esto es la impunidad, es decir la falta de sanción para quien trasgrede las normas del sistema. Seguridad como certidumbre del Derecho: supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y su consiguiente convicción fundada acerca de que estos derechos serán respetados, y seguridad como estabilidad del Derecho: comprende la estrecha vinculación entre el Derecho y la economía, como dos disciplinas sociales que se correlacionan y que deben mantenerse sin avasallar una a la otra.

hacedor del 'derecho preventivo' que acompañe a los contratantes desde la oferta o mera intención de contratar hasta la finalización del negocio, aún más allá, hasta la publicidad registral del negocio²⁰⁵.

En virtud de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, son funciones de los notarios aquellas relacionadas con el deber de propender por una seguridad jurídica a los actos, contratos, negocios, declaraciones y relaciones jurídicas, a través del cumplimiento de solemnidades. Estas funciones y aquellas genéricas de dar fe, pregonan seguridad jurídica. Conforme a lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, coinciden en afirmar que la función notarial en los países que han acogido el llamado sistema latino, no constituye únicamente un servicio público sino que configura una función pública. Así, en el derecho comparado, la conferencia permanente de los notariados de la comunidad Europea, en sesión del 23 de marzo de 1991, caracterizó la actividad notarial como "una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva". En nuestro país, la doctrina y la jurisprudencia han calificado de manera uniforme el servicio notarial como el ejercicio de una función pública²⁰⁶.

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales. Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la

²⁰⁵ *Ibíd.*, p. 88.

²⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-399/99, MP A. Martínez.

autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evitan numerosos litigios que podrían surgir en caso de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver. El documento notarial aparece así, para ciertos doctrinantes, como la "prueba antilitigiosa por excelencia", por lo cual consideran que "el número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado". En síntesis, en palabras de Carnelutti, "cuanto más notario, menos juez; cuanto más consejos del notario, cuanta más cultura del notario, cuanto más conciencia del notario, tanta menos posibilidades de litis"²⁰⁷. Es así que, la existencia de la fe pública constituye un indiscutible activo social, que contribuye en forma importante a la fluidez y seguridad de las transacciones entre particulares. La figura del fedatario público goza de un llamativo grado de valorización"²⁰⁸.

Pero al lado de la justicia como poder de resolución de conflictos existe lo que se ha dado en denominar justicia preventiva o, también, seguridad jurídica preventiva. Se trata no de resolver conflictos, sino de organizar la vida social y económica de tal forma que los conflictos no se produzcan, sin que sea preciso recurrir al juez para su resolución. Ello se consigue a través de una serie de instituciones: el documento público es una de esas instituciones, ciertamente de las más importantes en la gestión del notario y bajo la vigilancia de la Superintendencia de Notariado y Registro. La escritura pública es, entonces, un título de legitimación para el tráfico, con eficacia probatoria, novatoria y ejecutiva, porque está dotada de presunción de legalidad; porque su autenticidad es no sólo de forma sino de fondo o material. Y ello es así porque el notario no sólo da fe, como suele

²⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-741/98, MP A. Martínez.

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 89.

pensarse vulgarmente, sino que hace otras muchas cosas al redactar el documento²⁰⁹.

Pero el contenido de la seguridad jurídica en la actuación notarial se ha modificado, desplazándose desde el documento (sin abandonarlo o relegarlo) a la actividad dinámica de asesoramiento previo, de evaluaciones con el interesado, de planificación de su operación, de elección previa de alternativas de financiación, de elección de sus profesionales intervinientes, de respeto a los tiempos planificados, etcétera, o sea es fundamental postura en la seguridad dinámica preventiva²¹⁰.

Se puede concluir que al caracterizar la función notarial, se hace resaltar la independencia con la que el notario tiene que ejercer el acto fedatario, en el que tiene como condición estar al servicio del derecho y no de las partes, para alcanzar la efectiva garantía de ser una función preventiva. Para ello, si es necesario, concilia los intereses de las partes para luego redactar el documento. Si la función preventiva no se pone en consideración en el ejercicio de la función notarial, no se está cumpliendo la finalidad del Estado y se desvirtúa el ejercicio notarial tipo latino.

SECCIÓN QUINTA. LA AUTORIZACIÓN NOTARIAL.

En el derecho notarial la aceptación de verdad, como medio de conocimiento y convencimiento, se da por la percepción que implica un sentido de certeza, no de mera creencia. La certeza se obtiene como consecuencia de un proceso lógico o dialéctico fundado en hechos y circunstancias conocidos que llevan a la íntima convicción (subjetiva), o como efecto de una percepción directa del mundo

²⁰⁹ Pilar Blanco-Morales L. Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p. 17 y 19.

²¹⁰ Elena I Highton y Angélica G. E. Vitale. *Op. Cit.*, p. 89 y 90.

exterior (objetiva). La aceptación de la verdad de los hechos como fe pública proviene de la investidura que el Estado confiere a ciertas personas o entidades para establecer la verdad de los hechos y comunicarlos con fuerza de convicción, por razones de orden social²¹¹.

Como ya se ha dicho, en un ordenamiento jurídico de línea romano-germánico, el sistema de seguridad jurídica de tipo preventivo tuvo la necesidad de crear el notario tipo latino que consiste en colocar junto a las partes un tercero imparcial que sería el redactor del documento, el consejero legal de las partes y el que vela por los intereses públicos y de terceros, dando fe del documento puesto para su regulación.

Uno de los más importantes acápites de la teoría notarial lo constituye la concepción del notario como 'autor' del documento. Esta autoría –que supone atribuirle la 'paternidad' intelectual del documento– queda concluida con la 'autorización' del mismo. Autorizar –para la doctrina jurídico-notarial– implica conferir autoría al documento emanado del notario. Los elementos esenciales para atribuir a alguien la calidad de autor de algo lo constituye la responsabilidad por la totalidad de la obra y la originalidad. Esta autoría no se limita exclusivamente a la factura del documento, sino que también se lo considera como autor de las convenciones allí instrumentadas, desde el punto de vista de la elección de las formas y del encuadre jurídico del negocio celebrado por las partes. La relación entre el notario y el documento es esencial como resultado de una verdadera necesidad social. La función notarial gira preponderantemente en torno a la figura del documento²¹².

Conforme al Estatuto Notarial, la autorización es la fe que imprime el notario al instrumento público, en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de

²¹¹ Manuel Cubides Romero. *Derecho notarial colombiano*. Bogotá: Señal Editora, 1978, pp 138 y 139.

²¹² Elena I Highton y Angélica G. E. Op. Cit., p. 114 y 115.

que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados. Así, una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes, se suscribe por el notario con firma autógrafa en último lugar. El instrumento que no haya sido autorizado por el notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal²¹³.

El Notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar, respondiendo por la regularidad formal de los instrumentos que autoriza, pero no de la veracidad de las declaraciones de los interesados; tampoco responden de la capacidad o aptitud legal de estos para celebrar el acto o contrato respectivo²¹⁴.

La seguridad jurídica pasa a ser percibida como un factor económico de importancia estratégica, y no ya solo como una mera características del sistema legal sin mayor trascendencia sobre la vida económica²¹⁵.

1. El documento.

Elena I. Highton y otros, dice que como punto definitorio del concepto de documento, no es suficiente que el objeto sea mueble, ni que enseñe algo, sino que lo esencial es que el objeto mismo haya servido de medio para que su autor exteriorice su pensamiento, es decir, que en él se haga presente la declaración. Y citando a Mario Antonio Zinny: que los elementos que integran el documento en general son la corporalidad, el autor y el contenido. Y Carlos Pelosi trae una definición jurídica del documento, que consiste en un papel escrito que expresa el pensamiento del autor, perceptible por la lectura, sobre hechos naturales o

²¹³ Decreto-Ley 960/70, arts 14 y 40; Decreto 2148/83, art 47.

²¹⁴ Decreto-Ley 960/70, arts 9 y 40.

²¹⁵ Elena I Highton y Angélica G. E. Vitale. *Op. Cit.*, p. 61 a 85.

hechos o actos humanos, materiales o extremos, o con efecto psíquico o interno, destinados a producir efectos jurídicos *ex lege* o *ex voluntate*²¹⁶.

Siguiendo a los mismos autores²¹⁷, se tiene como valores del documento: Puede expresarse que el documento notarial es el autorizado por un escribano, y se describe al documento notarial como el expedido por éste en ejercicio de la fe pública, que es una potestad del poder político del Estado y es inherente a sus atribuciones propias para garantizar la seguridad jurídica.

Por su parte, la doctrina española considera que para que el documento público sea notarial deben darse tres condiciones: (i) ser redactado por un notario; (ii) que el notario sea competente para actuar en el lugar, y (iii) ser redactado con arreglo a las solemnidades legales.

Y continúan diciendo que, para la doctrina argentina, las características del instrumento público notarial son: (a) Poseer eficacia inicial como fuente jurídica productora, en tanto emana de la actividad del notario, y siempre que éste observe las formalidades previstas por la ley para dotar al instrumento de validez plena. Conferir forma legal al negocio jurídico o la constatación del hecho documentado, evitando la posibilidad de futuros litigios. Conformar por excelencia una prueba preconstituida respecto de las manifestaciones de la voluntad, gozando las aseveraciones que contiene de plena fe o legalidad. (b) Otorgar fuerza jurídica y fecha cierta al instrumento, determinación de capital importancia en orden a la certeza de situaciones y relaciones jurídicas. (c) Constituir una garantía de veracidad objetiva, característica que se fundamenta con las normas disciplinarias y éticas que las leyes reglamentarias del ejercicio profesional imponen al notario. (d) Conferir características de inmutabilidad al acto instrumentado, por las situaciones objetivas comprobadas; las relaciones jurídicas, constituidas mediante

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 116 y 117.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 121 a123.

el sistema legal, son firmes e irrevocables hasta tanto las alcance una anulación judicial o se objetive la querrela de falsedad. (e) Dotar de seguridad material al acto instrumentado de acuerdo con el sistema de matricidad complementado con el sistema de archivo de protocolo a cargo de organismos administrativos judiciales que confieren una garantía de inalterabilidad y escasa posibilidad de pérdida o destrucción.

La mayoría de las leyes que siguen el modelo romano-germánico se ocupan de la “prueba instrumental”, dentro de la cual adquiere especial significación el *instrumento público*, en su más amplia concepción. La forma instrumental es impuesta, en algunos casos, como requisito indispensable para la existencia del negocio o forma constitutiva o *ad solemnitatem*, mientras que para otros casos, exige la forma como requisito de prueba, o *ad probationem*, o denominada más modernamente como de “solemnidad relativa”. La regulación de los instrumentos y su valor probatorio cobran fundamental interés cuando se trata de instrumento público. La finalidad de regular la *prueba preconstituida*, en virtud de la cual se produce la *fijación del hecho histórico*, es decir, que el acontecimiento que ha tenido realidad “espacio-temporal” se ha convertido en hecho narrado en el documento, se ha “cosificado”. Cuando el instrumento es público, su autenticidad se constituye *a priori*, es decir, no necesita de un procedimiento posterior a su creación para reconocerle valor. Ello implica que el legislador ha sustraído al discernimiento del juez la comprobación de la certeza del hecho o acto jurídico allí contenido, mientras éste no sea impugnado por una acción especial (por ejemplo la falsedad)²¹⁸.

2. La Escritura pública.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 169 y 170, citando a Pelosi en *El Documento notarial*.

La escritura pública de compraventa es el modelo de los demás contratos, –los que introducen en el texto su propia condición–, porque el esquema general del documento notarial es el de la compraventa, que es el objeto del presente trabajo.

De la mano de Gattari²¹⁹, abordamos la referencia al concepto, elementos, requisitos y autor de la escritura pública.

Concepto: define la escritura pública como “todo instrumento matriz, cuyo contenido principal es el acto o negocio jurídico; es autorizado por notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley, para darle forma, constituirlo y eventualmente probarlo”. Se menciona el acto o negocio jurídico como contenido principal; también se realizan actos de autenticación, comprobación y fijación de hechos. Este autor toma a Nuñez Lagos para explicar que del concepto surge una diferenciación entre dos planos mentalmente separables, pero que constituyen una estructura que se exhibe unificada; el plano del *negotium*, que pertenece al derecho material o sustantivo, civil, comercial y el plano del *instrumentum*, propio del derecho notarial, que es un derecho formal. Es decir, negocio e instrumento están recíprocamente interferidos. Ese doble plano nos permite descubrir que en el instrumento notarial deben existir elementos que actúan como integrantes del negocio en cuanto derecho sustantivo exteriorizado; también hay ciertos requisitos que desde el punto de vista formal son necesarios para conferir plena validez legal al acto realizado por las partes, fuere el instrumento impuesto por la normativa o elegido por los sujetos.

Elementos: hace referencia a tres clases: subjetivos, objetivos y formales. Según fuere la posición del sujeto, Nuñez Lagos distingue tres modalidades: titular en el derecho subjetivo, es parte en calidad de sujeto del negocio y compareciente como sujeto del instrumento. Un vendedor es titular actual conectado con un

²¹⁹ Carlos N Gattari. *Manual de derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 73 a 79.

derecho de propiedad, es parte en el negocio de enajenación y compareciente en la escritura de compraventa; se trata de una sola persona, sujeto de derecho según distinto enfoque. En toda escritura pública, la parte no es sólo sujeto comercial sino también instrumental, porque en él se encuentra. Pero es posible hallar sujetos que sólo son instrumentales, y no parte, porque no intervienen en el negocio; v.gr., testigos, intérpretes, firmantes a ruego. Cabe destacar que si bien el notario dice relación con el instrumento, no es sujeto instrumental, sino su autor. Los elementos sustantivos (u objetivos) se constituyen con todos aquellos hechos, actos y negocios jurídicos de la escritura pública, siempre que sean susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones, ya fuera *ex lege*, por imposición de la ley, o *ex voluntate*, porque sea la consecuencia legalmente buscada por los sujetos negociales.

Los elementos formales consisten en la comparecencia física ante el notario, la lectura en alta voz del documento, otorgamiento o firma de los sujetos, autorización o suscripción del oficial público (o notario), conjunto que se halla presidido por el concepto y medida física, temporal y espacial, de la unidad de acto. Estos elementos deben producirse en el acto notarial propiamente dicho, es decir, en la audiencia, siendo considerados en este contexto como hechos producidos en la realidad histórica.

Esta conducta de los sujetos respecto del objeto de sus voluntades y de sus manifestaciones físicas en la audiencia está legislada; cada negocio tiene sus exigencias legales.

La valoración de todo este conjunto de conductas y de normas legales sobre los elementos que integran la escritura pública resulta ser la posibilidad concreta de dar forma, constituir y probar un negocio jurídico de manera singular. Solo la escritura pública tiene la fuerza en cuanto a los hechos percibidos por el notario, ya que es necesaria la querrela de falsedad para desdecirlos.

Requisitos: También son tres: objetivos, subjetivos y formales. Hay algunos que en apariencia se denominan como elementos, pero la consideración es diferenciada. El *requisito de validez subjetiva* de la escritura se refiere al notario y abarca toda su competencia, (...), y en razón de la persona, impidiéndole actuar cuando él o sus parientes se hallaren interesados. Además el oficial público debe estar capacitado, es decir, hallarse investido de la función, para lo cual fue necesario su nombramiento y la asunción real del cargo. Los *requisitos objetivos* se refieren a los hechos: hechos de los sujetos o exteriorizaciones voluntarias advertidas por el agente; hechos que el oficial público (el notario) menciona como cumplidos por él mismo. Interesa su propia conducta y la conducta de las partes en cuanto percibida sensorialmente por el notario. Todo este conjunto de elementos y requisitos es manipulado por el notario y, desde el punto de vista formal, debe redactar. Se presupone la existencia real y física de los sujetos, la realización por éstos de hechos, actos o negocios que tienen consecuencia jurídica, sus propias expresiones, la lectura, la firma y la autorización, también como hechos históricos y reales producidos por las partes y el notario. Pero ¿qué es lo que se lee, qué es lo que firman y qué es lo autorizado? El texto escrito de la escritura, valga la redundancia. Ella constituye el *requisito formal de validez*, en cuanto el *dictum* termina por absorber al *factum*. Y así debe constar en la escritura la comparecencia con las certificaciones iniciales, el texto negocial con las enunciaciones dispositivas de las partes, las legitimaciones notariales, la lectura, la firma y la autorización. Interesan todos estos hechos formales como constancias también formales, esto es, como redacción de un texto literario que cuenta lo acontecido en la audiencia. La competencia material del notario está regulada particularmente en todos los hechos, actos y negocios que deben o pueden realizarse por escritura pública. De allí la importancia externa que, con relación a la justicia, tiene una redacción clara y precisa, a la cual nada falte ni sobre, y mediante ella se puede saber con certeza cuál ha sido la voluntad de las partes, los hechos o actos que se han puesto de relieve para la comprensión

mejor del negocio, los títulos y constancias registradas e impositivas que han sido consignadas para la justificación de todo lo que las partes y el notario realizan. El aspecto formal referido a la redacción del instrumento notarial tiene conexión con el valor justicia. ¿Cuántos juicios se evitan o en cuántos se incurre debido a expresiones literarias dudosas u oscuras, sectores de redacción que contradicen otros por falta de advertencia y de cuidado suficiente y normal?

Autor del instrumento público: “Autor del documento es exclusivamente quien lo autoriza... En el documento notarial los comparecientes no declaran nada. Todas las declaraciones las hace el autorizante. Los comparecientes declaran antes, e incluso en la audiencia misma, pero en el documento declara el notario, recogiendo todos los acontecimientos con trascendencia jurídica”²²⁰. Gattari cita a Nuñez Lagos, quien mejor ha perfilado la doctrina. “El documento tiene que expresar el pensamiento del autor. Pero este pensamiento puede mostrar parte de su contenido como ajeno. El pensamiento documental, incluso siendo de idéntico autor, puede ser, pues, apropiativo de una parcela y atributivo de otra. El pensamiento del autor puede circunscribirse a mostrar una declaración como ajena”. Rodríguez Andrados desarrolla así estas ideas: “El notario tiene una función de interpretación de la voluntad de los comparecientes y una función de redacción de sus declaraciones, dándoles forma jurídica, incluso con expresiones técnicas indispensables a fines de brevedad y, sobre todo, de certeza de los efectos jurídicos. Puede decirse que el documento contiene directamente un pensamiento del notario sobre el pensamiento de las partes, sin mengua de poder afirmarse que las declaraciones de éstas son contenido directo del documento, en cuanto que ellas se apropian el suyo, el pensamiento del notario, al tiempo que éste expresa esa parte de su pensamiento como pensamientos ajenos de las partes a quienes atribuye. “Más radicalmente todavía, el notario se encuentra las más de las veces con una voluntad pobre, que ha de ser complementada por medio de la

²²⁰ Ibid., p. 77, esta definición de autor es de Alfredo García-Bernardo Landetta, citado por Antonio Rodríguez Andrados.

actividad; les indica lo que a su parecer quieren y hasta lo que deben querer; en las dimensiones en torno a ello, el notario actúa como árbitro que necesita ser libremente aceptado como sus dictámenes que solo proponen o exponen; a veces se lleva al documento un negocio distinto, más adecuado para los fines que pretendían. La voluntad de las partes puede moldearse, sustituirse o incluso deshacerse en virtud de una actividad del notario. “El pensamiento ajeno contenido en el documento notarial es pensamiento y declaración real de las partes; pero es, formalmente, también pensamiento del notario y esto basta para que él pueda ser considerado autor exclusivo del documento notarial, sin desviarse de los principios generales de la autoría del documento”.

En definitiva, el instrumento se imputa a la conducta de su único autor. Nadie podrá concluir de las normas legales que el autor de la redacción de la escritura pública fuera otro que el notario. Cabe destacar el valor que significa la redacción por el notario. En cambio, sería totalmente injustificado y sin sentido que fuera privado de ese derecho-deber que es la redacción de sus propios instrumentos. Parecería que quien no puede redactar lo que la voluntad de las partes le manifiesta, tampoco se halla capacitado para interpretarla, ni menos para ejercer los actos que son típicos de la función, al menos en su derivación latina, ya que el *notary public* no redacta, pero ni ha estudiado ni es universitario.

Para el caso, Cubides Romero²²¹ trae una definición compatible con lo dicho frente a la autoría de la escritura pública, “Hay una autoría material en cuanto en ella se narra lo acontecido ante el notario y en cuanto describe el negocio contenido en la escritura, autoría que corresponde al notario como redactor y como intérprete de la declaración que recibe, y una autoría intelectual o intencional que corresponde a los comparecientes que formulan sus declaraciones, emiten en ella su voluntad libre y sobre lo redactado otorgan su consentimiento. Esta diferencia corresponde

²²¹ Manuel Cubides Romero. *Derecho notarial colombiano*. Bogotá: Señal Editora, 1978, p 170.

a la que puede establecerse entre la escritura y el negocio que recoge, a pesar de la indisoluble simbiosis de las dos.”

Definido lo anterior, se hace necesario reseñar brevemente la comparecencia que hacen los otorgantes del documento y la firma del notario como autor y responsable del documento notarial. La constitución de la escritura pública, según la legislación colombiana, está dada previo el agotamiento de cuatro²²² pasos: la recepción, consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados; la extensión, es la versión escrita de lo declarado; el otorgamiento, es el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido; la autorización, es la fe que imprime el notario a este, en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados.

Pareciera que en nuestro caso hay un tratamiento indistinto a los términos comparecencia y otorgamiento. Eso se desprende de la manera como están utilizados en el Decreto–Ley 960 de 1970, artículos 17, 24, 25, entre otros, cuando se refiere a el caso de acomodar las declaraciones a las finalidades queridas por los comparecientes, a la identificación y manera de acreditarla y el domicilio de éstos. De la misma manera, en los artículo 15, 16, 21, 30, 35, 37, 38, 39 y 46, entre otros, se señala que en la redacción de las escrituras se tendrá en cuenta los fines prácticos y jurídicos que se proponen alcanzar los otorgantes, revisar el contenido de las declaraciones de los otorgantes, la lectura que hacen de la escritura y la firma de los otorgantes, etc. No obstante ello, se puede afirmar que las partes son los sujetos involucrados en el acto negocial, que inicialmente comparecieron y luego fueron otorgantes de la escritura pública.

Para los efectos de este trabajo, se toman los conceptos de compareciente y otorgante, los cuales, según la doctrina internacional, tienen presencia en el

²²² Decreto-Ley 960/70, art 14.

negocio notarial en momentos distintos y sucesivos, pues el otorgante es el compareciente que lee y firma. En nuestra legislación, fácil se puede advertir que la comparecencia precede al otorgamiento, y se ubican en el momento en que el notario actúa como asesor y consejero en el negocio jurídico²²³.

Para mayor claridad sobre este tópico, tomamos las consideraciones de Jorge Ríos Hellig²²⁴ sobre los sujetos o partes en la escritura. Dice que se pueden dividir en dos tipos: Parte en sentido material, que es a quien le repercuten directamente los efectos del acto en su persona. Parte en sentido formal, que es a quien no le repercuten directamente los efectos del acto en su persona, pero que interviene en su formación. Es así que la parte es aquella que interviene en el acto jurídico, es decir, comparece a la celebración del acto: dentro de una escritura se puede identificar como parte tanto al compareciente como al otorgante: otorgante es quien físicamente acude a otorgar el acto (ya sea en representación de otro o en nombre propio, es decir, ya sea con el carácter de parte en sentido formal o material), y compareciente, es quien celebra el acto y en quien repercuten los efectos de este (parte en sentido material)

Gattari²²⁵, citando otros autores, dice que comparecencia “es el acto de hacerse conjuntamente presentes ante el escribano autorizante los sujetos de la escritura pública”. La comparecencia se distingue en dos niveles, elemento en la dimensión acto y requisito en la dimensión papel. En la dimensión acto, una o varias personas físicas individuales se presentan ante el notario para someterse a su evidencia funcional. Da idea de presencia material e implica inmediación y simultaneidad entre notario y sujeto; las personas jurídicas nunca pueden comparecer. En la dimensión papel, la comparecencia es una parcela del

²²³ Este es momento distinto y previo a aquel en que actúa en calidad de notario, que se concreta en la autorización de la escritura pública; momento en que ejerce la función pública fedataria en nombre del Estado.

²²⁴ Jorge Ríos Hellig. *La Práctica del Derecho Notarial*. México: McGraw-Hill, Sexta edición, 2005, pp 173 y 174.

²²⁵ Carlos N Gattari. Op. Cit., p. 127 a 129.

instrumento notarial en la cual se registra tal hecho; en ella se solidifica la movilidad temporal del acto de comparecer, convirtiéndolo en auténtico. Por ella, el sujeto añade a su carácter (parte, testigo, etc.) la instrumentalidad y deviene sujeto instrumental. La comparecencia es requisito esencial de toda escritura pública, y sin ella no hay escritura, salvo el caso de protocolización ordenada judicialmente que no requiere comparecencia. Pero la persona que requiere actividad notarial está obligada a comparecer²²⁶.

El mismo autor dice que el otorgamiento es la lectura y firma de las partes. El otorgamiento corresponde a las partes; éstas aceptan lo que el notario les hace decir y conforman la redacción que expresa sus voluntades. El otorgamiento consta de dos pasos: la lectura y la firma. Podemos conceptualizar el otorgamiento como aquella actividad exclusiva de las partes o sujetos negociales que, oída la lectura del instrumento, exteriorizan su consentimiento sobre fondo y forma, por medio de la firma consignada al pie de la escritura pública. Los únicos que otorgan son los sujetos negociales. La lectura exige que los sujetos negociales e incluso los instrumentales conozcan la redacción y su contenido por medio de la lectura, que es un requisito previo a la firma de la escritura.

Dos aspectos hay en la lectura: el hecho real e histórico de haber leído el instrumento y la constancia o valor de la mención auténtica de la lectura. Una cosa es leer y otra decir que se ha leído, esto es, el hecho obra en la dimensión acto, la constancia en la dimensión papel. Para la apariencia jurídica resulta más importante la última, pues al haberse consignado que se leyó la escritura, se atribuye a las partes conocimiento del contenido y de la redacción. Si tal hecho fuera negado se deberá probar la falsedad por querrela, por tratarse de un hecho que se dice realizado por el oficial público. El sujeto activo de la lectura comúnmente es el notario; los sujetos pasivos son los comparecientes. Debe realizársela de una sola vez, lo que fija la unidad de acto. Como elemento real de

²²⁶ *Ibíd.*, p. 96.

la lectura se halla lo que lee el notario. Las partes tienen derecho para verificar directamente, por sí o por asesor, la totalidad de los documentos que integran cualquier aspecto del instrumento principal. El modo de leer es en voz alta, clara e inteligible. De otra parte, la firma es la representación gráfica del nombre y apellido de una persona, hecha de su puño y letra, del modo que acostumbra y normalmente al pie del instrumento; acredita la prestación del consentimiento. El grafismo es convencional; en muchas firmas los signos resultan ilegibles; implican que el documento está terminado e íntegro y que no falta nada de lo que los sujetos instrumentales declararon.

Compareciente entonces, es el sujeto que acude a la notaría para activar la función notarial, al solicitar los servicios como manifestación de su elección, la cual no se daría sin su presencia, lo que se constituye en el medio ideal para que ello desemboque en la producción del documento notarial; se funda en la rogación o requerimiento previo de uno o varios sujetos, que por hipótesis deben estar de acuerdo, ya que el desacuerdo constituye la competencia material del juez²²⁷. De otra parte y conforme al Estatuto Notarial colombiano, el otorgante es el interesado que da asentimiento expreso al instrumento extendido, conforme al alcance de los derechos y las obligaciones que asume, para lo cual firma el documento como muestra de su aprobación. Es decir, el otorgante es el compareciente que firma el instrumento notarial.

Es entonces pertinente, para los efectos de este trabajo, en cuanto a la trascendencia de la firma del instrumento por los otorgantes, antes de la autorización del notario, desentrañar lo que significa ser otorgante en una escritura pública de compraventa.

²²⁷ *Ibíd.*, p 93.

Así tenemos que el otorgamiento es el asentimiento expreso que los comparecientes prestan al instrumento extendido²²⁸, en el que la firma demuestra la aprobación²²⁹ a la redacción que hace el notario, después de haber sido leída por ellos o por quien designen, o de viva voz por el notario, como oportunidad para aclarar, modificar o corregir lo que les pareciere²³⁰ en el texto; en todo caso el notario hará a los otorgantes las advertencias que afecten el acto objeto del contrato celebrado y las demás pertinentes²³¹. De lo ocurrido se dejará testimonio escrito en el propio instrumento y la firma de los otorgantes demuestra su aprobación²³². La escritura concluirá con las firmas autógrafas de los otorgantes y de las demás personas que hayan intervenido en el instrumento²³³.

Todo otorgante debe presentar al notario los comprobantes fiscales. El notario no permitirá la firma por ninguno de los comparecientes mientras el instrumento no esté completo, anexos la totalidad de los certificados y documentos requeridos²³⁴.

Si alguno de los otorgantes no supiere o no pudiese firmar, el instrumento será suscrito por la persona a quien él ruegue, cuyo nombre, edad, domicilio e identificación se anotarán en la escritura. El otorgante imprimirá a continuación su huella dactilar, de lo cual se dejará testimonio escrito con indicación de cuál huella ha sido impresa²³⁵.

Si se tratare de personas sordas la lectura será hecha por ellas mismas, y si de ciegas o mudas que no puedan darse a entender por escrito, únicamente por

²²⁸ Decreto-Ley 960/70, art 14.

²²⁹ Decreto-Ley 960/70, art 35.

²³⁰ Decreto-Ley 960/70, art 35.

²³¹ Decreto-Ley 960/70 art 37; Decreto 2148/83, art 3.

²³² Decreto-Ley 960/70, art 35.

²³³ Decreto-Ley 960/70, art 38.

²³⁴ Decreto-Ley 2148/83, art 26.

²³⁵ Decreto-Ley 960/70, art 39.

el notario²³⁶, quien debe establecer de manera inequívoca el asentimiento del otorgante. Si el sordo no supiere leer, el contenido de la escritura le será dado a conocer por medio de un intérprete designado por él. En todos los casos el notario dejará constancia de lo ocurrido²³⁷.

Por ello, cuando el notario redacte el instrumento, deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones, para que queden fielmente expresados en el instrumento²³⁸, en el que la claridad y precisión de la redacción acomoden exactamente la esencia y naturaleza del contrato y contenga explícitamente las estipulaciones relativas a los derechos transmitidos y el alcance de ellos, y las obligaciones que los otorgantes asumen²³⁹.

La redacción que se hace del instrumento se constituye en la expresión de la voluntad manifiesta de los otorgantes, la cual se construye en la “audiencia notarial”²⁴⁰ que es cuando los comparecientes llegan a la oficina del notario y se desarrollan las etapas de la recepción, la extensión y el otorgamiento de lo querido por ellos y en las que el notario presta la función de asesoría y consejo –en razón de ser notario–, en la que velará por la legalidad de tales declaraciones y pondrá de presente las irregularidades que advierta, sin negar la autorización del instrumento en caso de insistencia y siempre que no sean contrarias o prohibidas

²³⁶ Decreto-Ley 960/70, art 36.

²³⁷ Decreto-Ley 2148/83, art 22.

²³⁸ Decreto-Ley 960/70, art 15.

²³⁹ Decreto-Ley 960/70, art 30.

²⁴⁰ “audiencia notarial es el acto en que se reúnen los sujetos de la escritura pública, con la presencia del escribano (en presencia de los testigos), para documentar en el protocolo el otorgamiento de los primeros”. El concepto de audiencia se aplica solo a la escritura pública que contiene un negocio. Los hechos y dichos de las partes y los del notario constituyen la vida de la audiencia. Tiene tres capítulos: 1. la comparecencia, común a todo instrumento notarial; 2. las declaraciones de las partes, tanto sean de voluntad como de ciencia; y 3 la actividad notarial para justificar la comparecencia y las declaraciones de los sujetos. En la audiencia interfieren las partes entre sí con su voluntad y la del notario con la de las partes. Carlos N Gattari. *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires. Depalma, 1988, p 47, 48 y 52.

por la ley²⁴¹. Así se puede decir, en términos absolutos, que el notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes, que prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliatoria, para lo cual interpreta la ley de acuerdo a las reglas establecidas en el Código Civil, razón que lo lleva a responder por cualquier irregularidad en la prestación del servicio conforme a la Ley²⁴².

Cuando el notario actúa por ser notario, lo hace en todas aquellas etapas previas a la autorización del instrumento público, es decir, en la extensión, recepción y otorgamiento; pues el instrumento público no será tal mientras no se haya rubricado por el notario²⁴³, que es el momento en que actúa en calidad de notario; esto es, actúa en calidad de tal en el momento en el que presta la función autenticadora y se materializa y concreta cuando el notario firma la escritura pública.

Es así como se llega al momento culminante del proceso de construir la escritura pública o instrumento público notarial; se llega al último de los cuatro pasos: la firma del notario como acto de fe, de autenticidad, de que las declaraciones son dichas por los otorgantes y que se han cumplido los requisitos pertinentes al acto jurídico sometido a su regulación.

Siguiendo con Gattari²⁴⁴, la autorización es el acto mediante el cual el notario, con su firma autenticante, asume la paternidad del instrumento para constituir fehacientemente hechos y dichos de las partes, los suyos propios y el instrumento, esto en sentido material; mientras que formalmente es aquella parte del instrumento notarial en que el oficial público pone su firma. Es acto propio del notario. Desde ese momento se convierte en instrumento notarial,

²⁴¹ Decreto-Ley 960/70, art 6 y 21; Decreto-Ley 2148/83, art 3 y 17.

²⁴² Decreto-Ley 960/70, art 7 y 8; Decreto-Ley 2148/83, art 116 y 117.

²⁴³ Decreto-Ley 2148/83, art 47.

²⁴⁴ Carlos N Gattari. *Op. Cit.*, p. 130 y 131.

independizándose de su mismo autor. Además, comprende otros contenidos: con su firma el notario asevera la veracidad del texto; afirma la legalidad del instrumento, responsabilizándose por cumplir requisitos normativos; asegura la calificación de los actos y legitima intervenciones. La autorización es la última operación formal, interna al instrumento, que por tal hecho se convierte en notarial. Son varias y repetidas las normas del estatuto notarial que obligan al notario a no autorizar las escrituras públicas, y en ellas lo remite al Código Civil y en términos generales a la ley, para el mismo efecto. En este marco legal, que es el mismo ordenamiento jurídico, es como la función fedante se cumple, la cual comienza en la “audiencia notarial” y termina con la autorización escrituraria; es decir, comienza con la asesoría y consejo legal en las etapas de la recepción, la extensión y el otorgamiento, de tal manera que lo que se haga cumpla los requisitos legales y formales y no sea contraria a la ley, para lo que se deberá averiguar los fines que se proponen alcanzar los otorgantes.

Lo anteriormente dicho es el control de legalidad a que está obligado el notario previo a la autorización de la escritura pública.

3. El control de legalidad.

El control de legalidad es el componente de la conformación de la escritura pública que sirve de garantía de seguridad jurídica como valor y principio de la función notarial.

De las dos vertientes en que se desarrolla la función notarial, a saber: la de profesional del derecho –cuando asesora y aconseja, redacta y hace adecuación legal de la voluntad de las partes –y la de función pública –cuando es fedatario de actos y conserva los documentos–, la primera es la más importante y trascendental para la seguridad jurídica, porque en ella es donde se previenen las dificultades que resolvería el juez. La experiencia y capacidad del notario tiene su

mayor extensión en el asesoramiento a las partes; es donde se instruye para la conformación del negocio, para la legal y adecuada voluntad negocial; se redacta el instrumento conforme a los fines que quieren alcanzar las partes, y éstas lo aceptan firmando el documento. Este control de legalidad formal y material es condición para la autorización notarial, en la que se da fe de estar cumplidos los requisitos pertinentes.

La llamada actividad “profesional” del notario no queda limitada a los supuestos de información, asesoramiento y consejo, sino que penetra también su actividad típica del funcionario público, pues al realizarla el notario tiene que efectuar una labor que trasciende de la mera recepción y documentación de la voluntad de las partes, al tener que “interpretar” y “adaptar” jurídicamente esa voluntad²⁴⁵; es por ello que el notario tiene el deber de revisar las declaraciones de los otorgantes para que no sean contradictorias y se ajusten a la ley²⁴⁶, interpretarla de acuerdo a las reglas establecidas por el Código Civil²⁴⁷ y averiguar los fines prácticos y jurídicos que se pretenden alcanzar con las declaraciones²⁴⁸; en todo caso, el notario velará por la legalidad de tales declaraciones²⁴⁹.

Mediante el cumplimiento de las múltiples obligaciones legales que el notario tiene como funcionario, alguna de las cuales se acaban de describir, su control de legalidad produce el efecto de introducir el acto privado del particular en un sistema público de seguridad y de garantías. Supone que el acto se integra dentro de los valores supremos de seguridad y legalidad proclamados por la Constitución²⁵⁰.

²⁴⁵ Pilar Blanco-Morales L, Op. Cit., p. 20.

²⁴⁶ Decreto 2148/83, arts 17.

²⁴⁷ Decreto 2148/83, arts 116.

²⁴⁸ Decreto-Ley 960/70, art 15.

²⁴⁹ Decreto-Ley 960/70, art 6.

²⁵⁰ Pilar Blanco-Morales L. Op. Cit., p. 20.

Es así que el notario es un oficial público que, habiendo recibido por delegación de la autoridad del Estado la facultad de dar a los actos que él redacta y de los cuales es autor el carácter de auténticos, asegura la conservación, la fuerza probatoria y ejecutoria; su intervención, tanto por el consejo que él brinda de una manera imparcial pero activa, como por la redacción del documento auténtico que de ello resultara, confiere al usuario del Derecho la seguridad jurídica que busca. Por ello es un jurista de alta cualificación universitaria que habiendo accedido a la profesión notarial después de diversas pruebas, la ejerce cumpliendo reglas disciplinarias estrictas bajo control permanente de la autoridad pública, a través de una competencia geográfica que permite recurrir a sus servicios en todo el territorio nacional²⁵¹.

Según se deduce de la Constitución, la actividad notarial es un servicio público en razón de que constituye una labor destinada a satisfacer, de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial, ya sea que se preste por el Estado o por los particulares.²⁵²

Se ha sostenido que el notariado es la seguridad en una época en que todos los valores fundamentales están desquiciados. La existencia de la fe pública constituye un indispensable activo social, que contribuye en forma importante a la fluidez y seguridad de las transacciones entre particulares. La figura del fedatario público goza de un llamativo grado de valoración²⁵³.

La exigencia de la seguridad jurídica en las transacciones manda que en la sociedad de hoy sea imprescindible la existencia de un notario, cuyo rasgo característico es la fe pública, ínsita en la injerencia notarial. La fe pública nace así como una prescripción coactiva que compele a los ciudadanos a considerar como

²⁵¹ Elena I Highton y Angélica G. E. Vitale. *Op. Cit.*, p. 96.

²⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-1508/00, MP J. Charry.

²⁵³ Elena I Highton y Angélica G. E. Vitale. *OP. Cit.*, p. 87 y 89.

verdad oficial a lo que ella resguarda.²⁵⁴ Se trata de organizar la vida social y económica de tal forma que los conflictos no se produzcan²⁵⁵, lo que se logra como consecuencia de la existencia del documento público notarial.

En efecto, del notario se espera la realización de ciertas actividades que constituyen equivalentes funcionales de determinados actos judiciales, que resultan menos costosas que éstos. Así, la aplicación *ex post*, propia de la función judicial, se evita en algunos casos en virtud de su realización *ex ante*, mediante el control de legalidad que el notario lleva a cabo sobre los negocios que documenta. Al notario se le dirige una expectativa de eliminación de posibles controversias judiciales al dar fijeza a ciertos hechos, actos y negocios; o, al menos, de simplificación del eventual litigio al proporcionar una prueba que facilite la determinación de los hechos. Todo ello es lo que llega a denominarse administración de justicia preventiva y justifica la posición pública del notario²⁵⁶.

Corresponde al notario la redacción de los instrumentos en que se consignan las declaraciones emitidas ante él, velando por la legalidad de ellas²⁵⁷, para lo que deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones y que estos queden fielmente expresados en el instrumento²⁵⁸, y así responde por la regularidad formal del instrumento que autoriza²⁵⁹, pues las escrituras públicas contienen declaraciones en actos jurídicos con los requisitos previstos en la ley²⁶⁰, en la que los derechos y obligaciones tengan el alcance que los otorgantes asumen²⁶¹.

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 95

²⁵⁵ Pilar Blanco-Morales L. *OP. Cit.*, p. 17.

²⁵⁶ Jesús-María Silva Sánchez. La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p. 263 y 264.

²⁵⁷ Decreto-Ley 960/70, art 6; Decreto 2148/83, art 17.

²⁵⁸ Decreto-Ley 960/70, art 15 y 30.

²⁵⁹ Decreto-Ley 960/70, art 9 y 40.

²⁶⁰ Decreto-Ley 960/70, art 13.

²⁶¹ Decreto-Ley 960/70, art 30.

En razón de que el notario está al servicio del derecho y no de las partes, prestará asesoría y consejo a los otorgantes en actitud conciliadora²⁶²; al extender el instrumento velará porque contenga los elementos esenciales y naturales propios del contrato y las estipulaciones especiales que los interesados acuerden²⁶³; dentro del marco de sus atribuciones interpreta la ley de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil²⁶⁴. El notario pone así de presente las irregularidades que advierta²⁶⁵ y en consecuencia podrá sugerir las correcciones que juzgue necesarias²⁶⁶; lo que no implica negar la autorización en caso de insistencia²⁶⁷.

El notario no responde por la veracidad de las declaraciones ni por la capacidad legal de los interesados²⁶⁸.

Pero, en definitiva, el notario no autorizará la escritura cuando del contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes o en hechos percibidos directamente por él, llegue a la convicción de que el acto sería absolutamente nulo por razón de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil²⁶⁹ o por estar clara y expresamente prohibido por la ley²⁷⁰.

Lo anterior obliga a relacionar cuales son los actos absolutamente nulos y los clara y expresamente prohibidos por la ley. En primer lugar, para que una persona se obligue a otra es necesario que tenga capacidad legal, que el acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio y que recaiga sobre objeto lícito y causa lícita (Código Civil art 1502); en consecuencia, son absolutamente nulos los actos

²⁶² Decreto-Ley 960/70, art 7.

²⁶³ Decreto-Ley 960/70, art 15.

²⁶⁴ Decreto 2148/83, art 116.

²⁶⁵ Decreto-Ley 960/70, art 6; Decreto 2148/83, art 3, inc 2.

²⁶⁶ Decreto-Ley 960/70, art 17.

²⁶⁷ Decreto-Ley 960/70, art 6; Decreto 2148/83, art 3, inc 2.

²⁶⁸ Decreto-Ley 960/70, art 9.

²⁶⁹ Decreto-Ley 960/70, art 6 y 21; Decreto 2163/70, art 35.

²⁷⁰ Decreto 2148/83, art 3, inc 1.

de los absolutamente incapaces como los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender. Además, hay otras causales de nulidad particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (Código Civil art 1504 y 1741, inc 2).

El objeto de una declaración de voluntad tiene que ser moralmente posible, y no lo es aquello que sea prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (Código Civil art 1518). Pero la ley, además, ha definido como acuerdos de voluntad con objeto ilícito las cosas que no están en el comercio, los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona y, en definitiva, todo contrato prohibido por las leyes (Código Civil art 1521 y 1523). De igual manera, no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita (Código Civil art 1524).

Es por ello que puede haber nulidad absoluta cuando al contrato falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (Código Civil art 1740). Entonces, hay nulidad absoluta por el objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos (Código Civil art 1741). Pero en todo caso, no son saneables las nulidades generadas por objeto o causa ilícita (Código Civil art 1742)

Los notarios prestan un servicio público que es el ejercicio de la fe notarial que consiste en otorgar plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante ellos y a lo que expresen respecto de los hechos percibidos en ejercicio de sus funciones,

en los casos y con los requisitos que establece la Ley²⁷¹. Por ello, no hay dación de fe en los negocios con causa u objeto ilícito de conformidad con el Código Civil colombiano; por lo tanto, es de rechazo la autenticidad de los negocios que el notario perciba contrarios al ordenamiento jurídico.

4. Eficacia y Eficiencia como presupuestos de la seguridad jurídica preventiva.

Para este tema se toman los argumentos de la sentencia C-479 de 1992 que desarrolló los principios constitucionales de la eficacia y eficiencia de la gestión en los asuntos del Estado. Esta señala que la fórmula Estado Social de Derecho corresponde a una definición ontológica que alude a un elemento esencial de su estructura: el fundamento que el interés común confiere a la actividad del Estado y a la responsabilidad de las autoridades públicas, en donde la seguridad jurídica se proporciona desde el principio de legalidad. “En este sentido, se encuentra la Corte ante un asunto de constitucionalidad en el cual están en juego principios y directrices de la gestión pública en su conjunto, como son la eficacia de su actividad y la eficiencia de quienes la tienen a cargo.”

Se señala que el principio de eficacia se rige, entre otros, por preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública, al prever como uno de los fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución (art. 2 CN); estar la función administrativa al servicio del interés general, lo que hace principios de obligatorio acatamiento los de igualdad, imparcialidad, economía, eficacia, moralidad, celeridad, publicidad (art 209 CN); en el que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y éste tiene el deber de asegurar la prestación eficiente de ellos (art 365 CN), y el Procurador General de la Nación tiene la

²⁷¹ Ley 29/73, art 1; Decreto 2148/83, art 1; Ley 588/00.

función de velar por el ejercicio diligente y eficiente de la función administrativa (art 277-5).

Según Parejo Alfonso, la eficacia en la administración pública es una cualidad de la acción administrativa, que se traduce en los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de “socialidad” de Estado. Este criterio conduce a la conclusión de que la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal en su resultado²⁷².

El concepto de eficiencia, que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella; pues la prestación satisfactoria de los servicios a cargo del Estado y el rendimiento de los recursos que administra, no pueden escapar al sistema de controles que el ordenamiento jurídico introduce como elementos que salvaguardan el interés general. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada gestión, de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias de la comunidad.

Ello hace que la carrera especial notarial se constituya en propicia a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines de la función notarial. Así se permite al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades

²⁷² La sentencia cita a Luciano Parejo Alfonso. *Estado Social y Administración Pública*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1.982. p. 143y 145.

confiadas, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública.

5. Principio de buena fe.

El principio de la buena fe se concibe como la creencia que tiene toda persona de que tanto ella como sus semejantes obran en su vida social de acuerdo con los principios jurídicos, así como de conformidad con las buenas costumbres.

Tomando al tratadista Jorge Parra Benítez, decimos que “La buena fe es un principio general o principio jurídico y es una norma jurídica, en el sentido pleno de la palabra, pues del mismo surgen deberes y obligaciones.” Señala, igualmente, que “La estructura normativa del principio general de la buena fe no es similar a la de las normas jurídicas positivas, puesto que carece del supuesto que suelen contener éstas. Pero de ello no se sigue la posibilidad de negar su carácter normativo, como quiera que la buena fe contiene un núcleo prescriptivo que se enuncia de manera sencilla. Si la buena fe ordena una conducta, entonces, el principio general, como norma, consiste en disponer que debe obrarse de buena fe”²⁷³.

La doctrina ha indicado que la buena fe se identifica como simple y como cualificada. La buena fe simple es la que el ordenamiento positivo no contempla exigencia especial de ninguna especie para que produzca los efectos jurídicos correspondientes; por el contrario, la buena fe cualificada es la que por un mandato legal debe rodearse de una exigencia especial, que está constituida por el conocimiento de determinadas situaciones por quien la alega. Esta es también la llamada buena fe exenta de culpa o creadora de derecho; de diligencia esmerada que tiene un hombre juicioso en sus más importantes negocios. La buena fe simple exige conciencia de que se obra con lealtad (elemento subjetivo);

²⁷³ Jorge Parra Benítez. *Estudio sobre la buena fe*. Medellín. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. 2011. p 72, citando a Hernández Gil.

la buena fe exenta de culpa, además del elemento subjetivo exige otro, de carácter objetivo o social, la seguridad de la exigencia legal, por tanto se exige conciencia y certeza²⁷⁴.

Tenemos, entonces, que la buena fe cualificada comporta dos elementos: uno subjetivo, la mera creencia y otro objetivo que consiste en la presencia de ciertas circunstancias de hecho, capaces de producir en una persona prudente y diligente, la seguridad de su creencia²⁷⁵.

Lo traído por Parra Benítez, hace referencia particular a la buena fe entre partes de un contrato, que para los efectos de este trabajo hace relación al desarrollo de la audiencia notarial, en la que se da contenido a la labor del notario como particular, como profesional del derecho, con el deber de asesoramiento y consejo, al desarrollar las fases escriturarias de recepción, extensión y otorgamiento. En ella se hace acopio de los documentos que soportan el negocio jurídico, al cual se da forma y contenido legal de conformidad con la voluntad negocial y las exigencias legales que constata el notario en su regulación. Hasta aquí las partes tienen la conciencia y la certeza de la Escritura Pública que otorgan, por dar cumplimiento al mandato legal de la exigencia especial, que constituye la buena fe cualificada o exenta de culpa.

De lo anterior sigue la labor del notario como función pública, concretada en la autorización de la Escritura Pública al satisfacer las exigencias legales del negocio jurídico y no estar en contravía de los mandatos del ordenamiento jurídico.

Aquí las partes entran en el mundo de las relaciones de los particulares con el Estado, en el que conforme al artículo 83 de la Constitución Política están cobijados por la garantía ciudadana que brinda el ejercicio de la función pública,

²⁷⁴ *Ibíd.*, p. 123 y 124.

²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 131, citando sentencia de la Corte Suprema de Justicia. pdp 96.

en la que se presume la buena fe de los particulares en las gestiones que adelantan frente al Estado. Buena fe que eleva su nivel de aceptación y certeza, al hacer referencia a situaciones jurídicas de una buena fe colectiva de sujetos indeterminados, como es el caso de la oferta al público, “al público en general ... cuando ellas reúnen los restantes requisitos de la oferta y como un modo de proteger la buena fe del público”²⁷⁶.

Así se entiende que, para el caso del servicio público notarial, como oferta a sujetos indeterminados que buscan la atención del Estado para acreditar con grado de certeza su voluntad²⁷⁷ comercial, -atendidos bajo el rigor de la autorización notarial-, se “considera que la buena fe objetiva es una regla de conducta o criterio de evaluación de una conducta, caracterizada por la imposición de deberes” que obligan al notario; mientras que la buena fe subjetiva -como la creencia que “su conducta no peca contra el Derecho”- se traduce en atribuciones de derechos que exige el particular²⁷⁸.

Por ello, el particular en gestiones ante el Estado tiene el derecho de que el Estado cumpla los deberes que se esperan de él.

Siguiendo a Parra Benítez, la concepción ética de la buena fe objetiva alude a la honradez, rectitud, probidad u honestidad. Se trata de un deber de conducta impuesto con contenido eminentemente ético; que importa que no se perjudiquen los intereses ajenos; lo gobierna una apreciación de un criterio objetivo; ese criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta con un estándar jurídico;²⁷⁹ y ese estándar jurídico, para el caso de la función fedataria, no es otro que las exigencias legales que el ordenamiento jurídico señala para cada negocio jurídico sometido a la regulación de la función notarial. Así lo señala la Corte

²⁷⁶ *Ibíd.*, p. 140, citando a Jorge Mosset Iturraspe, pdp 120.

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 143.

²⁷⁸ *Ibíd.*, p. 141.

²⁷⁹ *Ibíd.*, p. 143.

Constitucional: “Al estipular requisitos el legislador no viola el principio de la buena fe, pues no presume nada en contra de ella; no parte del supuesto de la mala fe del gobernado; simplemente se limita a cumplir su función de salvaguarda del interés general y de ordenamiento mínimo en lo que respecta al servicio público y al funcionamiento de los entes estatales”²⁸⁰.

Por eso es que “en el ámbito del derecho público, la buena fe es una medida en las relaciones entre las autoridades y los particulares, entre otras proyecciones, por ejemplo, a través de la teoría de la confianza legítima,”²⁸¹ lo que se edifica como garantía ciudadana. La sentencia T-538 de 1994, señala:

8.1 De conformidad con el artículo 83 de la CP, "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas". El contenido y alcance de esta disposición se descubre en la voluntad expresada por el Constituyente de que este principio ilumine "la totalidad del ordenamiento jurídico" y lo haga a título de garantía del particular ante el universo de las actuaciones públicas.

De ahí que figure en el capítulo 4 del título segundo de la Constitución Política, como uno de los primeros mecanismos de defensa de los derechos. En el campo de la administración, se busca que prime "el criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia".

La expectativa que ampara el principio de la buena fe, en consecuencia, está indisolublemente ligada a la legítima pretensión de que las autoridades públicas orienten su quehacer de modo tal que las prestaciones que constituyen la esencia de los diferentes servicios, en lo posible, se realicen como conviene a la razón de ser de las autoridades, que no es otra que la de proteger efectivamente a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (CP art. 2).

8.2 De acuerdo con la Asamblea Nacional el principio de la buena fe, "es uno de aquellos grandes principios cuya consagración constitucional tiene como finalidad, primero, la de convertirlo en criterio rector de todo el ordenamiento, pero más específicamente, otorgarle carácter normativo. La importancia de la norma es su carácter de fuente directa de derechos y obligaciones. No se trata

²⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-412/01, MP J. Córdoba T.

²⁸¹ Jorge Parra Benítez. *OP. Cit.*, p. 157.

ya meramente de un principio de integración e interpretación del derecho aplicable, sino de un verdadero mandamiento jurídico del cual se derivan una serie de consecuencias prácticas" (ibid, pág 7).

En el artículo 83 de la CP se contiene una verdadera y autónoma regla de conducta, que trasciende la simple interpretación de la ley y el puro dato psicológico. A dicho patrón objetivo de conducta –principio de orden público– deben sujetarse los particulares y las autoridades públicas, sin excepción, so pena de ver comprometida su responsabilidad patrimonial (CP art. 90). El Estado social de derecho, fundado en la solidaridad de las personas y en la prevalencia del interés general (CP art. 1), no es concebible por fuera de una conducta social y pública inspirada en una moral activa y solidaria a la cual se subordina la eficacia jurídica cuando ella es flagrantemente desconocida. La norma de la Constitución deliberadamente atrae hacia sí un sinnúmero de acciones públicas y privadas. En realidad, su designio es el de valorizar el elemento ético de la conducta de los sujetos de derecho y de los agentes del Estado.

8.3 Los postulados de la buena fe se diferencian de otras reglas jurídicas, en cuanto no tienen un contenido típico y preestablecido, sino que éste es el que resulta de las circunstancias concretas relativas a la formación y ejecución de las diferentes relaciones que tienen relevancia para el derecho y que reclaman, de los sujetos que en ellas intervienen, un mínimo de recíproca lealtad y mutua colaboración con miras a preservar los intereses legítimos y alcanzar las finalidades merecedoras de tutela jurídica, para lo cual se precisan comportamientos positivos u omisivos, que así no sean formalmente prescritos se imponen si aquéllos seria y honestamente persiguen una determinada situación o efecto jurídico. Cobra pleno sentido, a este respecto, la afirmación del Constituyente, que se reitera: "No se trata ya meramente de un principio de integración e interpretación del derecho aplicable, sino de un verdadero mandamiento jurídico del cual se derivan una serie de consecuencias prácticas" (ibid, pág 7).

8.4 La buena fe está dominada por una lógica finalista que califica, bajo este parámetro, el comportamiento integral del sujeto, tanto el abierto y formal como el subrepticio y material. Con referencia a la administración pública, la exposición de motivos citada, cifra el valor de la garantía que se instituye para la protección y aplicación de los derechos, en "la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia" (ibid, pág 7). Igualmente, en la administración de justicia, siguiendo una idéntica orientación, se consagra en el artículo 228 de la CP, el principio de prevalencia del derecho sustancial, que reivindica para las normas procesales su carácter de instrumentos para la efectividad del derecho sustancial.

Si se repara en la importancia que para el ejercicio y goce de los derechos que la Constitución reconoce a la persona, tiene la actividad de las autoridades públicas, se descubre el carácter neurálgico de la garantía institucional que representa la buena fe, cuyo propósito es sustentar el desarrollo de sus

competencias en la efectividad del servicio público y en la prevalencia del derecho sustancial (criterio finalista), y no exclusivamente en su mera utilización literal y formal. El compromiso del funcionario con la finalidad de su competencia, dentro de los límites del derecho, trasciende el repertorio de sus habilitaciones concretas, y se enraíza en las obligaciones materiales que emanan del postulado de la buena fe que ha de guiar todas sus actuaciones.
(subrayas fuera de texto)

Lo dicho en este pronunciamiento, se puede afirmar, son los postulados que delimitan la función notarial en el cumplimiento de las fases que estructuran la Escritura Pública, con la que el Estado garantiza las consecuencias jurídicas queridas por las partes, y a las cuales se atienen cuando el instrumento notarial es autorizado por el notario como delegatario fedatario del Estado.

Así, de contera, se afirma que la buena fe no se prueba después de cumplidas las pertinentes exigencias legales de cada negocio jurídico; por el contrario, la mala fe ha de probarse. De esta manera lo señala la Corte Suprema de Justicia: “La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la *bona fide*,...” En otro pronunciamiento, sostuvo que “la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria”, debe ser “plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción legal (ahora constitucional) de que la fe es buena”²⁸².

Es perentorio, entonces, que cumplidas las exigencias legales del negocio jurídico se presuma la buena fe; ya que es necesario que la mala fe aparezca prominentemente en las palabras, los propósitos y los resultados de los actos para poder tener por desnaturalizada la presunción de buena fe que a todos corresponde²⁸³. Esta oportunidad está fijada en la audiencia notarial en la que el Notario, en función de asesoramiento y consejo, para adecuar la voluntad negocial de las partes, hace efectivo el control de legalidad notarial, previa y concomitante a la autorización.

²⁸² *Ibíd.*, p. 210 y 211.

²⁸³ *Ibíd.*, p. 211.

Es así que la relación que se establece entre el compareciente y el notario se fundamenta en la confianza que existe en la institución notarial, de una parte y de la otra, en que hay referentes personales o reales que generan confianza para la elección de un determinado notario; todo ello se eleva bajo el principio de la buena fe, al que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas se ceñirán. Es así, que por mandato constitucional, las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas se presumirá que se hacen de buena fe²⁸⁴.

Entonces, nos referimos al carácter de profesionales del derecho, que se ejerce desde la condición de juristas, de juristas cualificados, y se manifiesta en el deber de asesoramiento y consejo a los clientes; es el momento pleno de la actividad notarial: el de adecuar las voluntades entre las partes y adecuar esta voluntad común al ordenamiento jurídico. Y tal finalidad del asesoramiento ya determina su ámbito y sus límites: el notario desarrolla su actividad receptora, conformadora, conciliadora, creadora y asesora, en el ámbito de los actos y negocios jurídicos; y este asesoramiento se configura como un deber del notario, de carácter institucional y, por tanto, se desarrolla con imparcialidad y con el límite de la Ley, velando por la regularidad, no meramente formal, sino también material, de los fines jurídicos de las partes²⁸⁵.

Es por ello que las necesidades sociales determinan que a ciertos individuos en el seno de la sociedad, se les asignen las prestaciones propias de la función notarial; tales individuos pasan a ostentar el rol social del notario, y al ingresar de este modo en el sistema jurídico de la sociedad, se generan expectativas sociales de cumplimiento. La aceptación de la ostentación de un rol implica, entonces, la asunción del haz de expectativas sociales depositadas en él. Por lo tanto, el

²⁸⁴ Constitución Nacional de 1991, art 83.

²⁸⁵ Carlos Fernández De Simón B. *La posición del notario ante los deberes de secreto profesional y de denuncia de posibles conductas delictivas*. En Jesús Julián Fuentes M, *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, pp 223 y 224.

sistema ha diferenciado la función notarial para las necesidades del tráfico jurídico; la asunción del rol de notario implica la aceptación de las expectativas dirigidas a él, que derivan de las funciones que le han sido asignadas a partir de necesidades sociales constatadas. La institucionalización jurídica de una expectativa en una norma hace surgir una “obligación jurídica”. En este punto es necesario distinguir entre instituciones negativas (marcadas por la concurrencia en ellas tan sólo de deberes negativos o de abstención) e instituciones positivas (en las que concurren tanto deberes de abstención como deberes positivos o de acción). De esta manera el rol del notario y el cumplimiento de la función notarial que le es propia, se integran en una estructura definida por las expectativas normativas que se le dirigen: éstas provienen, por un lado, de quienes son receptores directos de los servicios notariales y, por otro lado, del conjunto de la sociedad. Dicho haz de expectativas ha cristalizado en las normas legales y reglamentarias que rigen el desempeño de la función notarial y que definen las “obligaciones jurídicas” que le son propias. Como se verá luego, en virtud de tales obligaciones el notariado aparece, en particular, como una de las llamadas “instituciones positivas”; al notario se le dirige una expectativa de eliminación de posibles controversias judiciales: es lo que llega a denominarse administración de justicia preventiva y justifica la posición pública del notario²⁸⁶.

Fernández Rodríguez/Sainz Moreno, señalan que “La expectativa que se dirige al notario es la de crear situaciones de confianza en el tráfico jurídico-Económico”²⁸⁷. Buena parte de la confianza que ha generado la actividad notarial, desde hace más de un siglo, tiene que ver con la peculiar configuración de su función (y de su progresivo diseño institucional), que aúna las ventajas de la función pública y las de la profesión liberal. El notario, de modo inescindible, ejerce la fe pública (efectuando a la vez un juicio de legalidad sobre el contenido del negocio que

²⁸⁶ Jesús-María Silva Sánchez. Op. Cit., p. 262 a 264.

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 263.

documenta) y presta asesoramiento jurídico; es decir, actúa como funcionario al tiempo que ejerce la profesión de jurista²⁸⁸.

La Corte constitucional en varios pronunciamientos ha abordado el principio de la buena fe, algunos de ellos recogidos en la sentencia C-071 de 2004, del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, los cuales son pertinentes a los efectos de este trabajo. Esta sentencia recoge apartes importantes de pronunciamientos de la misma corporación, en los que precisa los efectos de la prescripción normativa del artículo 83 de la Constitución de 1991.

Para el caso de la rogación del compareciente y la obligación de prestar el servicio por el notario, el primero como usuario y el segundo como particular que presta una función pública, existe entre los dos la institucionalidad del notariado, construida por años sobre la base de la confianza entre la sociedad y el fedatario. Por ello, en este acápite me limito a señalar lo pertinente de la referida sentencia.

“El artículo 83 de la Constitucional preceptúa:

“Como ha puesto de presente esta Corte desde sus primeras sentencias, siguiendo la doctrina el principio de la buena fe *“principio cumbre del derecho”* es de aquellos principios informadores de las relaciones entre los seres humanos llamados a impregnar el ordenamiento jurídico en su conjunto— y que presenta proyecciones específicas, en los más variados y específicos ámbitos de las relaciones sancionadas por las normas jurídica.

“Ahora bien, a partir de la formulación constitucional explícita, la aplicación y proyección del principio de la buena fe adquiere nuevas proyecciones en su papel de integrador del ordenamiento y de las relaciones entre las personas y de éstas con el Estado.

“En forma reiterada la Corte ha destacado el significado, que en el ámbito constitucional y del ordenamiento normativo en su conjunto ostenta el principio de la buena fe: *“la buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (CP art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“vir bonus”).*

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 265.

La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.

“En la sentencia T-469 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero, se recuerdan los antecedentes del artículo 83 y se traen a colación apartes de la ponencia presentada, discutida y aprobada en la Asamblea Constituyente que es pertinente reproducir también en esta ocasión, pues en ella se pone de presente el propósito del Constituyente, al incorporar en el texto mismo de la Constitución la imperatividad del principio y los precisos efectos en el ámbito específico de las relaciones particulares-autoridades:

“La norma que se propone tiene dos elementos fundamentales:

Primero, se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe.

Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo, ante unas limitantes a los excesos y a la desviación del poder.

Segundo, se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio que parecería ser de la esencia del Derecho, en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger (...).”

“En armonía con las anteriores orientaciones, cabe destacar de la exposición de motivos en cita la precisión sobre el propósito del constituyente al instaurar la presunción de buena fe en los términos del texto definitivo del artículo 83:

“La presunción de la buena fe busca que las autoridades actúen frente al particular con ánimo de servicio en la solución de sus legítimas pretensiones. La mala fe debe probarse en cada caso concreto y sólo entonces procederán las medidas preventivas, lo mismo que las sanciones a que hubiere lugar”.

“Así mismo, sentencias de la Corporación referidas a ámbitos determinados han puesto de presente la incidencia del principio de buena fe en específicas relaciones reguladas por el ordenamiento constitucional.

“Cabe indicar también que la Corte ha precisado, frente al texto del artículo 83 constitucional los alcances de la presunción de buena fe que allí se enuncia.

En efecto señaló la Corte en la sentencia No. C-529 de 2000 M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell aludiendo a pronunciamientos anteriores de la Corporación que *“La buena fe, de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume, y dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente.*

“En relación con el tema de las obligaciones y de su prueba en el proceso, también cabe anotar que no es aceptable afirmar que las normas correspondientes contrarían el artículo 83 de la Constitución, basándose en que la presunción general de la buena fe resultaría incompatible con la exigencia de las pruebas. Nada más contrario a la realidad: en todos los sistemas jurídicos, que sin excepción reconocen el principio de la buena fe, han existido las pruebas como una forma de conseguir la seguridad en la vida de los negocios y, en general, en todas las relaciones jurídica.

“Más recientemente la Corte ha tenido ocasión de reiterar y puntualizar sus orientaciones en torno de la significación de la invocación constitucional del principio de la buena fe:

“Al respecto se señala en la Sentencia C-840 de 2001 M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería:

*“... bajo el criterio de que el **principio de la buena fe** debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de la buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que el margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y el principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza **Estado-administración** hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos”.*

“En armonía con el anterior recuento sobre las orientaciones del Constituyente, plasmadas en los antecedentes del Artículo 83, los pronunciamientos de esta Corporación cabe reiterar entonces que la incorporación explícita del principio de la buena fe en el texto constitucional significa, que las actuaciones de los particulares en sus relaciones con otros particulares así como las que ellos sostengan con las autoridades hayan de estar presididas por los dictados del dicho principio. Además, teniendo en cuenta los términos mismos del artículo constitucional cabe señalar que la presunción de buena fe que allí se establece respecto de las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades es simplemente legal y por ende susceptible de prueba en contrario.

(...)

“Ahora bien, tampoco puede considerarse que la norma²⁸⁹ acusada esté protegiendo o cohonestando la actuación de mala fe por parte de los contratantes o de quienes concurren a las celebración de dichas escrituras.

“Sobre este punto y en particular en relación con la posible utilización que de las mismas se haga en contra del Estado -para evadir obligaciones tributarias por ejemplo-, debe tenerse en cuenta que el principio establecido en el artículo 83 superior comporta la presunción de la actuación de buena fe tanto de los particulares como del propio Estado en sus relaciones.

“En este sentido el hecho de que se celebren u otorguen las escrituras aludidas no puede llevar a presumir que con ellas se esté actuando en contra del Estado, de mala fe, o incluso buscando cometer un acto ilícito, pues puede que efectivamente ello sea así pero igualmente puede ser que la actuación de quienes concurren a la celebración de dichas escrituras esté determinada por motivaciones diferentes, enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico y son estas las que precisamente han de presumirse.

“Téngase en cuenta además que una interpretación concordada del artículo 83 con los artículos 6, 13 y 16 del mismo ordenamiento superior lleva a reconocer el derecho que tienen las personas a celebrar u otorgar dichas escrituras obviamente en el marco de los límites que les imponen los derechos de los demás y el ordenamiento judicial.

“Al respecto de manera reiterativa la Corte ha señalado que *“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad. (Cfr. Sentencia T-338 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero).*

“Por ello *“Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce -aunque no con carácter absoluto- la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público”.* (Cfr. Sentencia C-367 de 1995. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo).

(...)

²⁸⁹ Código Civil Colombiano, art 1766. Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escrituras públicas, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.

“Ha de tenerse en cuenta sobre este punto, así mismo, que la Constitución Política enuncia directamente, como también se señaló, una presunción de buena fe en relación con la conducta de los particulares pero circunscrita a las actuaciones que éstos han de cumplir ante las autoridades del Estado, de lo cual se desprende que no corresponde a los particulares acreditar que actuaron con la debida probidad y cuidado, sino al Estado demostrar que una determinada actuación de los particulares en su relación con él no cumplió tales exigencias.

(...)

“El demandante impugna que puedan las partes observar una conducta “*contractual*” relacional “*privada*” diferente de la que resulta ostensible conforme a las estipulaciones contenidas en la escritura. Empero, para la Corte, tal posibilidad no resulta *per se* contraria al mencionado principio pues entre las partes, esos acuerdos proyectan la autonomía de la voluntad que también resulta constitucionalmente fundamentada, naturalmente a condición de que no afecten el ordenamiento jurídico o no resulten lesivas precisamente de los demás y del orden jurídico.”

Se puede decir en referencia a las consideraciones de la Corte Constitucional, que el principio de la buena fe es incólume en las actuaciones ante las autoridades y, en particular, ante la autoridad fedataria de los notarios en el negocio jurídico de compraventa de bienes inmuebles. El notario, de considerar que las actuaciones de las partes o de una de ellas no se avienen al ordenamiento jurídico, tiene el deber positivo de garantizar la seguridad jurídica de los hechos fijados en la escritura pública; dicho de otra manera, tiene el deber negativo de rechazo de la autorización cuando van contra el ordenamiento jurídico.

Es justamente por la confianza que se deposita en el notario, que debe ejercer personalmente las funciones esenciales; está investido para dar fe, y tales funciones no son delegables en una persona en quien el Estado no ha depositado esta confianza.

Queda por decir cuál es la presencia del principio de confianza legítima en la función notarial, que por lo demás ha de ser determinante frente a la autorización notarial.

Larenz ha dicho que:

“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tienen más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contravienen una exigencia que el Derecho –con independencia de cualquier mandamiento moral– tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera”²⁹⁰.

En virtud del principio de buena fe, se erige la confianza legítima, que exige entonces de la administración pública y de la administración de justicia el respeto por las normas y reglamentos previamente establecidos en interés de los ciudadanos que conforman el Estado social de derecho: “el fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la sinceridad de la palabra y de los acuerdos”²⁹¹.

La importancia del principio de confianza legítima se encuentra en el reequilibrio que de forma general trata de arbitrar entre los valores de estabilidad y cambio, cuestión que encuentra traducción en el principio de seguridad jurídica, y ello frente a la justicia expresada en la legalidad concreta –el principio de legalidad–. Pues goza de primacía la seguridad jurídica frente a la legalidad: ello porque “cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsamientos económicos” ... (como cuando se autoriza una Escritura Pública de la que se sospecha que es utilizada para lavado de activos y/o financiación del terrorismo y obliga a la consecuente defensa judicial); aquí es

²⁹⁰ Andrés F Mesa Valencia, *El principio de buena fe: el acto propio y la confianza legítima*. U de A. 2013. p 32, citando a Larenz, 2001: 91.

²⁹¹ *Ibíd.*, p. 32.

cuando cobre plena vigencia el principio de confianza legítima como una de las proyecciones en las que se manifiesta la seguridad jurídica²⁹².

“El ámbito de actuación y consiguiente aplicación del principio de confianza legítima,... descansa en la presunción de legalidad de los actos administrativos. ... Una licitud que bien puede ser en la que se le alude a confiar en la apariencia de legalidad de la actuación de la administración a través de actos concretos, creando expectativas legítimas, moviendo la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, por medios materiales y personales, que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la administración y sus consecuencias.”²⁹³: la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, ... (Sentencia T-566 de 2009)²⁹⁴.

Según la sentencia SU-360 de 1999, el principio de confianza legítima se deriva de los principios de la buena fe y seguridad jurídica y de la teoría del respeto del acto propio. Así lo dijo la referida sentencia:

“Este principio se define como el deber que permea el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica, de respeto al acto propio y buena fe, adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no solo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible. Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenientes para la sociedad.”

²⁹² Ibíd., p. 34.

²⁹³ Ibíd., p. 35.

²⁹⁴ Ibíd., p. 37.

Se han elaborado cuatro elementos que sirven para verificar si se ha vulnerado el principio de confianza legítima; en ellos se encuentra que concilian con el ejercicio de la función notarial, en la que la naturaleza del servicio notarial y la figura del notario puesta frente a la sociedad, ha edificado la confianza en la seguridad jurídica que ostenta la autorización notarial como regulación legal.

Los elementos para verificar el principio de confianza legítima, son²⁹⁵.

*La existencia de una relación jurídica. Es la existencia de efectos en el mundo del derecho, en el que la relación jurídica involucre a la administración y a los particulares.

*La existencia de una palabra dada. Esta es la base sobre la cual se construye la confianza legítima; se exige que ella tenga existencia cierta en el ordenamiento jurídico, que no tenga vigencia temporal y que exista identidad entre los destinatarios de la palabra previa y la posteriormente emitida.

*La conformación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes. La confianza del particular surge con ocasión del nacimiento en el mundo jurídico de una palabra dada o promesa de la administración, pero se fortalece y arraiga con la cadena de conductas posteriores asumidas por la administración, toda vez que estas vayan orientadas a fortalecer y desarrollar la palabra emitida previamente. Sin la existencia de dichos actos posteriores armónicos y coherentes, la promesa dada previamente pierde su vocación de consolidación de la confianza legítima.

La Corte Constitucional lo ha asumido así y ha manifestado que los principios de buena fe y confianza legítima les impone a las autoridades “el deber de ser coherentes en sus actuaciones y respetar los compromisos adquiridos en sus acuerdos y convenios” (T-642/04. MP R Uprimny Y.)

*La actuación diligente del interesado.

Se concluye, de manera fehaciente, que la autorización es el acto que valida la confianza individual y colectiva en la función notarial, como mecanismo de garantía de la seguridad jurídica que entrega el Estado al ciudadano, cuando éste acude al Notario para poner sello a un acuerdo de voluntad negocial. A ello responde el Estado con la atención eficaz; cumpliendo el mandato legal de cada negocio jurídico; con la realización efectiva de los fines estatales que demandan la función preventiva de la autoridad notarial, en el que se presume la buena fe del

²⁹⁵ Ibíd., p. 41.

particular y se responde a la confianza legítima en los efectos jurídicos queridos por las partes y fijados en la escritura.

SECCIÓN SEXTA. EL DEBER DE SECRETO NOTARIAL.

Al abordar este tema, es necesario recordar la doble vertiente en que se da la función notarial: como ejercicio de una profesión liberal y en consecuencia como asesor y consejero jurídico de las partes y redactor del documento; y como función pública y en consecuencia como fedatario de los negocios sometidos a su regulación. Vista así la función notarial en el negocio de compraventa de bienes inmuebles, se observa que el notario hace una actividad documentadora con control de legalidad formal y material del negocio jurídico.

Lo anterior nos indica la ubicación de aquella actividad en la que el notario tiene la posibilidad de conocer información o percibir hechos que sean objeto del secreto profesional o secreto notarial; la cual no es otra que la audiencia notarial, en la que se materializan las etapas de la recepción, la extensión y el otorgamiento; en donde el asesoramiento y consejo a los comparecientes es condición previa a la adecuación legal del negocio, para luego hacer la redacción del documento que ha de ser asentido por los otorgantes.

Pero, decantado el debate acerca de que la función notarial es la actividad de un particular que presta una precisa función pública por delegación del Estado, salta la doble vertiente en la función notarial: la de particular y la de funcionario. La función delegada es la de dar autenticidad a los negocios puestos a su regulación, la cual solo se concreta en el momento en que se autoriza el documento; es decir, en el momento en que el notario estampa su firma como dador de fe del negocio documentado.

Si aceptamos que la función fedante se cumple solo en la fase de autorización y no antes, queda como conclusión que en esta fase, como ejercicio de funciones públicas, no hay cabida para conocer hechos o información de la que se tenga el deber del secreto profesional. Por el contrario, en las tres fases anteriores, que conforman la audiencia notarial, es donde el notario en su condición de notario, –mas no en su calidad de tal– tiene la posibilidad de presenciar hechos y conocer información que sean objeto del secreto profesional o notarial.

Siendo la audiencia notarial el espacio en que el notario redacta el documento y los otorgantes dan su asentimiento –después del control de legalidad a que obliga la función fedante– es el mismo momento en que se ejerce la función documentadora, técnica y testimonial que sustenta la autenticación como función final para que el documento entre al tráfico jurídico con imposición de su contenido como verdad. Es documentadora porque el notario hace acopio de los soportes que la ley exige para el negocio de compraventa; técnica porque es el cotejo de los documentos con las exigencias legales para conformar el negocio deseado, en lo que no hay interposición de recursos, y testimonial porque es el notario el testigo del negocio que es sometido a su regulación.

Entendida la delimitación del quehacer del notario cuando autoriza una escritura de compraventa de bien inmueble, los hechos o información que puedan ser objeto del secreto profesional no serán otros que aquellos que vicien el consentimiento o acuerdos de los comparecientes u otorgantes que vayan en contra del ordenamiento jurídico y por lo tanto objeto del control de legalidad; lo que siendo así, obliga al notario a denegar la autorización notarial.

La función documentadora y técnica del notario no necesitan de la confidencialidad profesional para el ejercicio de su tarea; lo que por el contrario sí ocurre en la causa criminal, en donde es necesaria la confidencialidad profesional

como condición para el ejercicio del derecho de defensa, lo que es el sustento del amparo legal.

Al decir de Vicente Grima Lizandra, el fundamento u objeto de protección del deber del secreto es doble: de un lado, la intimidad del cliente; y del otro lado, el interés público en el ejercicio eficaz y correcto de la profesión de que se trate. Ambos aspectos son necesarios: no puede haber vulneración del deber público del secreto si falta uno de ellos. No hay infracción del deber si lo conocido del cliente y revelado a tercero no era “reservado” por no ser algo “íntimo”; pero tampoco existe esa infracción del deber si el conocimiento de lo revelado no tenía relación con el debido ejercicio de la profesión²⁹⁶.

Y Carlos Fernández de Simón señala que

“Este deber es algo consustancial a la función notarial, no solo en España, sino en todo el mundo, como se pone de manifiesto en el parágrafo 8 de los “Principios de Deontología Notarial de la Unión Internacional del Notariado Latino”, que señala *“En el ejercicio de su actividad, bajo cualquier tipo de relación, el notario estará obligado a respetar el secreto profesional respecto de la materia de que haya tenido conocimiento en el curso de la intervención que le haya sido solicitada, tanto a lo largo de su intervención como después. Asimismo está obligado a vigilar y tratar de que esta prescripción sea respetada igualmente por sus colaboradores y empleados”*²⁹⁷.

La situación anterior no tiene respaldo legal en Colombia. Desde la Constitución Nacional, en el artículo 74, se expresa el principio de que “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”; principio en que se funda el tratamiento legal de documentos públicos de conformidad a la Ley 57 de 1985²⁹⁸. En esta ley, toda persona tiene

²⁹⁶ Vicente Grima Lizandra. El deber del secreto notarial y su colisión con otros deberes. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi SA, 2007, p 237.

²⁹⁷ Carlos Fernández De Simón B. OP. Cit., p. 224.

²⁹⁸ Ley 57/85, art 12.- Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no

derecho a consultar y a que se le expidan copias de los documentos que reposan en las oficinas públicas; de igual manera, las mismas funciones del notario lo indican con respecto a los documentos protocolizados, ya que toda persona tiene el derecho de obtener copias auténticas de las escrituras públicas²⁹⁹ y a consultar los archivos notariales³⁰⁰.

Pero con respecto a lo conocido por el notario en el transcurso de la intervención que se le haya solicitado, el tratamiento legal dice que está en el deber de adecuar la voluntad de los comparecientes a los fines que se proponen alcanzar y ordenarla conforme al ordenamiento jurídico, teniendo el deber de rechazar todo aquello que vaya contra la ley. Esto es, lo contrario a ley no puede ser objeto de secreto profesional.

Ese transcurso de la intervención notarial que se presenta en el marco de la audiencia notarial –fases de recepción, extensión y otorgamiento– es la mera regulación del negocio documentado de acuerdo a las exigencias del ordenamiento jurídico, para lo cual el notario da fe del contenido y de la regulación formal del documento. Esto da la certeza de las exigencias legales que soportan el negocio jurídico. La información que reclama el notario de las partes no puede ser otra que la necesaria para la regulación legal; si en esta conoce de nulidades absolutas o de actos o hechos que hacen ilegal el negocio, nada de ello es objeto de secreto profesional; por el contrario, ha de ser expuesto con el rechazo de la autorización de la escritura. Además, después de la regularidad legal del negocio³⁰¹, según el artículo 95 del Decreto-Ley 960 de 1970, tiene el deber legal de dar testimonio de ello, así: El Notario podrá dar testimonio escrito de hechos

tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.

²⁹⁹ Decreto-Ley 960/70, art 80.

³⁰⁰ Decreto-Ley 960, art 114.

³⁰¹ Decreto-Ley 960/70, art 35.

ocurridos en su presencia de que no quede dato en el archivo, pero que tengan relación con el ejercicio de sus funciones.

Del notario se esperan “Los deberes que trascienden a su condición de fedatario y que tienen más que ver con su función de documentador de voluntades ajenas se proyectan, por un lado, sobre la propia relación existente entre las partes del negocio documentado y se orientan a garantizar la mayor simetría informativa entre éstas. Ello, mediante “un servicio jurídico personalizado y equilibrador”³⁰² o, en otros términos, a través de una “imparcialidad compensadora”³⁰³. Y también se orienta, por otro lado, a proteger a determinados terceros, privados o públicos, de los posibles efectos dañosos que se derivan de una eventual ilicitud del negocio documentado; a ello se subviene mediante el control de la legalidad de éste. Por tanto, el haz de expectativas normativas que se le dirigen al notario pasa por el deber de prestar su asistencia cuando ésta es solicitada (deber positivo); el deber de rechazo o denegación de la autorización de documentos con contenido antijurídico (deber negativo)³⁰⁴; el deber de autorizar los documentos que no muestran tal contenido (deber positivo); el deber de no favorecer activamente a ninguna de las partes en su función asesora (deber negativo); el deber de compensar los déficits de conocimiento de alguna de ellas (deber positivo): y el deber de veracidad en cuanto a los extremos del documento a los que alcanza la fe pública (deber negativo)”³⁰⁵.

El notario defrauda expectativas normativas asociadas a su función institucional, cuando deniega su asistencia sin causa justificada. La prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio. Pero también infringe deberes institucionales

³⁰² Decreto-Ley 960/70, art 7.

³⁰³ Jesús-María Silva Sánchez. Op. Cit., p. 265, pie de página 16 “abría que asesorar de oficio a aquella de las partes que aparece como más débil frente a aquella más poderosa, más culta o que cuenta con un servicio jurídico propio.”

³⁰⁴ *Ibíd.*, p. 265, pie de página 17 “Al que se ordena un deber positivo ... cuyo contenido es la investigación del contenido y contexto del negocio que se pretende documentar.”

³⁰⁵ *Ibíd.*, p. 265 y 266.

cuando se presta a la documentación de negocios de contenido antijurídico o se niega a documentar otros que son conforme a derecho. Se infringe asimismo deberes notariales cuando se favorece activamente a alguna de las partes o no se compensan los déficits de conocimiento de alguna de ellas³⁰⁶. Estas infracciones son suficientemente expresivas de la lesión de la función de imparcialidad activa, que distingue al notario de un mero fedatario como pueden serlo ciertos funcionarios integrados a la Administración pública. Ahora bien, como cualquier otro fedatario, el notario infringe asimismo deberes propios de su rol cuando incurre en in-veracidad en cuanto a los extremos del documento a los que alcanza la fe pública. Y, como otros funcionarios públicos, lleva a cabo vulneraciones de su *status* cuando desatiende las exigencias de imparcialidad pasiva³⁰⁷.

El notario colombiano no es entonces, un depositario de hechos que puedan ser determinados como secretos, que hayan sido conocidos en el ejercicio de la función notarial.

Así, la seguridad jurídica preventiva, como bien jurídico que protege y realiza el notario, no puede estar rodeada de reservas; por el contrario, la claridad en el comportamiento de las partes es soporte de certeza legal para la función fedataria, al ser elemento de análisis todo aquello que el notario oye, ve y percibe.

SECCIÓN SÉPTIMA. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO.

El presupuesto del que se parte en el ejercicio de la función notarial es la autonomía del notario y su responsabilidad conforme a la Ley³⁰⁸, lo que obliga a ejercer la función con la cumplida dignidad del encargo público; en consecuencia responderá por todas las conductas que atenten contra el cumplimiento de la

³⁰⁶ Decreto-Ley 960/70, art 7.

³⁰⁷ Jesús-María Silva Sánchez. Op. Cit., p 269.

³⁰⁸ Decreto-Ley 960/70, art 8.

función y la calidad del servicio³⁰⁹. Es así que bajo su responsabilidad podrá crear los empleos que requiera el eficaz funcionamiento de la oficina a su cargo, teniendo especial cuidado en la selección de los empleados; velar por su capacitación y por el buen desempeño de sus funciones y cumplirá las obligaciones que para con sus subalternos le señalan las normas legales³¹⁰. Por ello, independientemente de la responsabilidad civil o penal que le pueda corresponder, responde disciplinariamente de cualquier irregularidad en la prestación del servicio aunque no se produzca perjuicio³¹¹; produciéndose el perjuicio, responde civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo³¹².

Expresamente el notario responde por la regularidad formal de los instrumentos que autoriza y la presentación de los comprobantes pertinentes³¹³; es decir, responde porque actúa fuera de los límites territoriales del círculo notarial; faltare la comparecencia de cualquiera de los otorgantes, bien sea directamente o por representación; los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido; no aparezcan la fecha y el lugar de la autorización, la denominación legal del notario, los comprobantes de la representación, o los necesarios para autorizar la cancelación; no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes, o la forma de aquellos o de cualquier compareciente, y cuando no se hayan consignado los datos y circunstancias necesarios para determinar los bienes objeto de las declaraciones; como consecuencia, todos estas omisiones generan nulidad de la escritura pública³¹⁴.

³⁰⁹ Decreto 2148/83, art 125.

³¹⁰ Ley 29/73, art 3; Decreto 2148/83, art 118.

³¹¹ Decreto 2148/83, art 117.

³¹² Decreto-Ley 960/70, art 195 y 196.

³¹³ Decreto-Ley 960/70, art 9, 40, 43 y 44; Decreto 2148/83, art 26.

³¹⁴ Decreto-Ley 960/70, art 99.

Por otra parte, expresamente se indica que no responde por la veracidad de lo que declaren los interesados, ni por la capacidad o aptitud legal para celebrar actos o contratos³¹⁵. Frente a estos casos, la misma ley hace varias salvedades: el notario revisa las declaraciones de los otorgantes para velar que no sean contradictorias y se ajusten a la ley³¹⁶, lo que conlleva a negar la autorización cuando llegue a la conclusión de que el acto sería nulo por incapacidad absoluta de los otorgantes según el artículo 1504 del Código Civil, lo cual se determina por el contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes o en hechos percibidos directamente por él³¹⁷; también se niega la autorización por estar clara y expresamente prohibido por la ley³¹⁸, como en el caso de las declaraciones de voluntad que no obligan a las partes por tener objeto o causa ilícita³¹⁹. Para todo ello, el notario tiene la autoría de la escritura, al consignar las declaraciones emitidas ante él con el fin de hacer la redacción del instrumento³²⁰.

Merece consideración la responsabilidad que tiene el notario en la redacción del instrumento público, pues lo constituye en el hacedor de todos los componentes escriturarios; es decir, es el autor –y nadie más lo es– de la escritura pública que rubrica, dando fe de autenticidad de su contenido y forma, habida cuenta de que se han llenado los requisitos pertinentes y de que las declaraciones han sido

³¹⁵ Decreto-Ley 960/70, art 9.

³¹⁶ Decreto-Ley 960, art 6; Decreto 2148/83, art 17.

³¹⁷ Decreto-Ley 960/70, art 21, mod por art 35 del Decreto 2163/70.

³¹⁸ Decreto 2148/83, art 3.

³¹⁹ Código Civil colombiano, artículos 1502: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1.) que sea legalmente capaz. 2.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4.) que tenga una causa lícita; 1523: Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; 1524: No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita, y 1525: No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

³²⁰ Decreto-Ley 960, art 6; Decreto 2148/83, art 17.

realmente emitidas por los interesados³²¹. Esto es, el instrumento que no haya sido autorizado por el notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal³²².

Para la redacción del instrumento público por el notario³²³, se toman las declaraciones de los otorgantes y se adecúan con claridad y precisión de manera que se acomoden lo más exactamente posible a sus propósitos y a la esencia y naturaleza del acto o contrato que se celebra y contendrán explícitamente las estipulaciones relativas a los derechos constituidos, transmitidos, modificados o extinguidos, y al alcance de ellos y de las obligaciones que los otorgantes asuman³²⁴; para el efecto, el notario deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones, para que queden fielmente expresados en el instrumento; indicará el acto o contrato con su denominación legal si la tuviere, y al extender el instrumento velará porque contenga sus propios elementos esenciales y naturales, así como las estipulaciones especiales que los interesados acuerden o indique el declarante único, redactado todo en lenguaje sencillo, jurídico y preciso³²⁵. En todo caso, el notario velará por la legalidad de tales declaraciones y pondrá de presente las irregularidades que advierta, sin negar la autorización del instrumento en caso de insistencia de los interesados, salvo lo prevenido para la nulidad absoluta, dejando siempre en él constancia de lo ocurrido³²⁶.

Como autor y responsable del perfeccionamiento de la escritura pública de conformidad con las exigencias legales, el notario goza de la autonomía en el ejercicio de su función, lo que implica que dentro del marco de sus atribuciones interpreta la ley de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil y no

³²¹ Decreto-Ley 960, art 14.

³²² Decreto-Ley 960, art 100; Decreto 2148/83, art 47.

³²³ Decreto-Ley 960, art 6.

³²⁴ Decreto-Ley 960, art 30.

³²⁵ Decreto-Ley 960, art 15.

³²⁶ Decreto-Ley 960, art 6 y 17; Decreto 2148/83, art 3 y 17.

depende de un superior jerárquico que le revise sus actuaciones para reformarlas, confirmarlas o revocarlas, sino que actúa bajo su personal responsabilidad³²⁷; lo que fuerza el principio de que el notario está al servicio del derecho y no de las partes³²⁸.

Así es que la escritura, como instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos emitidas ante el notario con los requisitos previstos en la Ley y que se incorpora al protocolo, exige que el proceso de perfeccionamiento conste de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización³²⁹, lo cual indica una ordenada confección que se encuentra detallada en el estatuto notarial –Decreto Ley 960 de 1970 y las leyes modificatorias y decretos reglamentarios– que exige plena aplicación de la ley al tener como finalidad la fijación de actos y hechos que den certeza al ejercicio de derechos, en aras de la seguridad jurídica o justicia preventiva, lo cual se certifica con la autorización o estampa fedataria del notario. En principio, los notarios responden disciplinariamente por la afirmación maliciosa de hechos o circunstancias inexactas dentro del ejercicio de sus funciones³³⁰; salvo que, cuando se establezca plenamente que el notario no participó personalmente, por acción u omisión, en la falta cometida por un empleado suyo o por un tercero³³¹.

Según Highton, “Como la eficacia de la transmisión inmobiliaria en nuestro sistema se apoya principalmente en la actuación profesional del notario, éste constituye la *ultima ratio* de la operatoria en caso de presentarse un vicio o defecto que haya caído bajo la órbita de su apreciación. Y como el sistema de responsabilidad en la conformación del título... en la mayoría de los países de corte romanista se apoya en el accionar del notario, no debería escapar al criterio del legislador garantizar la

³²⁷ Decreto 2148/83, art 116.

³²⁸ Decreto-Ley 960, art 7.

³²⁹ Decreto-Ley 960, art 13.

³³⁰ Decreto-Ley 960/70, art 198-10; Decreto 2148/83, art 127.

³³¹ Decreto 2148/83, art 131.

solvencia del mismo para que éste pueda responder en caso de producirse un hecho dañoso³³².

Cabe, entonces, recordar que la Constitución califica como servicio público la actividad notarial, la cual implica el ejercicio de la fe pública o notarial, lo que conlleva ejercer funciones públicas, para este caso, ejercidas por particulares³³³.

Dice la Corte Constitucional que cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular; su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza. Por ello, la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución. La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad. En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador³³⁴.

En los eventos del artículo 131, entre otros, el fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

³³² Elena I Highton y Angélica G.E. Vitale. *Op. Cit*, p. 198 a 199.

³³³ Constitución Nacional de Colombia de 1991, art 131; Ley 29/73, art 1; Decreto 2148/83, art 1; Ley 588/00, art 1.

³³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-037/03, MP A. Tafur, citando a C-563/98 y C-866/99.

Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse –se repite– en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo³³⁵.

El régimen al que en forma tan breve se acaba de aludir, es indicativo de la calidad en que actúan los particulares encargados del desempeño de la función notarial. Para esta Corporación (Corte Constitucional) es indudable que a los notarios en el cumplimiento de sus labores relacionadas con la fe pública, les asiste el carácter de autoridades. Ya la Corte Constitucional ha precisado que los particulares encargados del desarrollo de funciones públicas, "en el ejercicio de esas funciones ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público..."³³⁶.

Pero es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad. Y agrega: Cabe precisar, que si bien es cierto que conforme al artículo 6º superior, los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual "solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones públicas. En este supuesto, sólo pueden

³³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-286/96, MP J.G Hernández, citada por C-181/97.

³³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-181/97, MP F. Morón.

llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos³³⁷.

Lo relacionado en la jurisprudencia, resalta el rigor legal de la actuación del notario, que como ejercicio de función pública solo ejerce la competencia atribuida y reglada por el ordenamiento jurídico, respondiendo por la omisión o extralimitación de funciones. Es así que se atenta contra la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial por omitir requisitos sustanciales en la prestación de sus servicios, que –al decir del Decreto-Ley 960 de 1970, artículo 198 y el decreto 2148 de 1983, artículo 127– es todo aquello cuya suspensión acarrea nulidad, invalidez o ineficacia del acto o afecta en materia grave el ejercicio de la función notarial.

Lo dicho indica la obligación del notario de tener dominio de la regulación legal del negocio puesto a su consideración, como expresión del principio de legalidad que obliga a las autoridades del Estado al ejercer las funciones que le han sido atribuidas por la Constitución, la Ley³³⁸ y los reglamentos.

Es justamente por la confianza que se deposita en el notario, que el proceso de selección debe ser exigente y transparente y que debe ejercer personalmente sus funciones esenciales. En efecto, es el notario quien está investido para dar fe sobre las declaraciones recibidas, funciones que no son delegables en otra persona en quien el Estado no ha depositado esta confianza³³⁹.

En consecuencia, el notario responde por omisión o extralimitación, con el rigor que exige la garantía de la seguridad jurídica preventiva en que está erigida la

³³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-037/03, MP A. Tafur, citando a C-866/99.

³³⁸ Constitución Nacional de Colombia de 1991, art 121.

³³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-076/06, MP J. Córdoba.

función pública notarial y en particular, el notario. Esa responsabilidad disciplinaria, civil y penal es la opción de reparación y justicia de que se puede valer la parte perjudicada, aún por las fallas de los empleados que están al servicio del notario. Digo “al servicio del notario” porque el delegado de la fe pública o notarial es el notario y no la Notaría; responde, por ser aquel responsable del personal que vincula. Esta responsabilidad vincula a la Nación, al presentarse como falla en el servicio público notarial, pudiendo adelantar la acción de repetición, conforme al artículo 120, Decreto 2148 de 1983.

SECCIÓN OCTAVA. LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.

Se establece por el Decreto-Ley 960 de 1970, artículos 209, 194 y 198 núm. 13, que la vigilancia notarial será ejercida por el Ministerio de Justicia, por medio de la Superintendencia de Notariado y Registro (SINR), y también por el Colegio de Notarios. La SINR estará en permanente contacto con el fin de mantener información sobre las personas que ejerzan las funciones notariales, la formación de sus hojas de vidas y el cumplimiento de los objetivos de la supervigilancia administrativa; para todo ello, los notarios enviarán a la Superintendencia copia de las providencias que dicten cuando hagan creación de cargos³⁴⁰. La renuencia a cumplir las orientaciones que la Vigilancia Notarial imparta dentro del ámbito de sus atribuciones, en lo relacionado con la prestación del servicio, es conducta que atenta contra la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial que acarrea sanciones disciplinarias. Por ello, la SINR y el Fondo Nacional del Notariado prestarán al Colegio de Notarios de Colombia la asistencia técnica necesaria para la promoción de estudios e investigaciones sobre organización y funcionamiento de los servicios notariales, para el fomento del estudio de las disciplinas profesionales en forma directa y en coordinación con las universidades y, en general, para el mejoramiento del nivel académico, técnico y moral de todos sus

³⁴⁰ Ley 29/73, art 3.

miembros³⁴¹. Se considera renuencia a cumplir las orientaciones de la vigilancia notarial el hecho de que el notario desatienda las instrucciones, circulares y resoluciones emitidas por la SINR dentro de su ámbito legal³⁴².

La vigilancia notarial tiene por objeto velar porque el servicio notarial se preste oportuna y eficazmente, y conlleva el examen de la conducta de los notarios y el cuidado del cumplido desempeño de sus deberes con la honestidad, rectitud e imparcialidad correspondientes a la naturaleza de su ministerio³⁴³. La vigilancia notarial se ejercerá principalmente por medio de visitas; se desarrollará y aplicará mediante sistemas de regulación preventiva, informes solicitados y suministrados por los sujetos vigilados y por las visitas generales, especiales y de seguimiento³⁴⁴.

La orientación, control y evaluación general de las actividades del sector administrativo, corresponde a los ministros que orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias³⁴⁵; al definirse que el Sector Administrativo del notariado está integrado por el ministerio de justicia, la Superintendencia y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al ministerio, según corresponde a cada área de la administración³⁴⁶. El Decreto 2163 de 2011 con el cual se reestructuró la SINR, la define como una entidad descentralizada, técnica, con personería jurídica adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia (hoy al Ministerio de Justicia y del Derecho)³⁴⁷; con el objetivo de ejercer la orientación, inspección, vigilancia y control de los servicios públicos que prestan los notarios y asesorar al Gobierno Nacional en la construcción de las políticas y el establecimiento de los programas y planes referidos a los servicios

³⁴¹ Decreto 2148/83, arts 146 y 118.

³⁴² Decreto 2148/83, art 129.

³⁴³ Decreto-Ley 960/70, art 210.

³⁴⁴ Decreto-Ley 960/70, arts 211 y 212; Decreto 2148/83, arts 132, 133; Decreto 2163/11, art 32.

³⁴⁵ Ley 489/98, art 41.

³⁴⁶ Ley 489/98, art 42.

³⁴⁷ Decreto 2163/11, art 1 y 2.

públicos notarial y registral³⁴⁸; y, como funciones³⁴⁹, adelantar las gestiones necesarias para la eficaz y transparente prestación del servicio público notarial; impartir las instrucciones de carácter general, dictar las resoluciones y demás actos que requiera la eficiente prestación de los servicios públicos de notariado, las cuales serán de cumplimiento obligatorio; instruir a los notarios sobre la aplicación de las normas que regulan su actividad; fijar los estándares de calidad requeridos para la prestación de los servicios de notariado; ejercer la inspección, vigilancia y control de las notarías en los términos establecidos en las normas vigentes; investigar y sancionar las faltas disciplinarias de los notarios en el desarrollo de sus funciones, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación; ordenar, cuando fuere pertinente de conformidad con la ley, la suspensión inmediata de aquellas actuaciones irregulares de los sujetos de vigilancia y disponer que se adopten las medidas correctivas del caso; establecer sistemas administrativos y operativos para lograr la eficiente atención de los servicios de notariado procurando su racionalización y modernización; llevar a cabo, directamente o por medio de entidades especializadas, los programas de capacitación que se requieran para los servidores públicos vinculados a la Superintendencia de Notariado y Registro, así como a los notarios y los empleados de notaría; gestionar en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y las demás entidades públicas responsables de la materia, convenios de cooperación internacional; preparar y presentar a consideración del Ministro de Justicia proyectos de ley, decretos y reglamentos relacionados con los servicios públicos que prestan los Notarios y los Registradores de Instrumentos Públicos, etc., etc.

Tomando un concepto de la Superintendencia Bancaria³⁵⁰ (hoy Financiera): La Superintendencia, en general, es un organismo que tiene la administración o vigilancia superior de un ramo, particularmente, de un área económica o social y

³⁴⁸ Decreto 2163/11, art 3.

³⁴⁹ Decreto 2163/11, art 12.

³⁵⁰ Concepto No. 2000023915-3. 15 de nov de 2000. Superintendencia Bancaria.

su máxima autoridad se conoce como Superintendente. Para entender esta autoridad, debe precisarse que el poder de policía comprende distintas manifestaciones del estado encaminadas a limitar, regular o restringir los derechos y libertades con la finalidad de preservar el orden público, potestades que van desde las regulaciones generales hasta aquellos actos materiales de fuerza o de coerción que normalmente ejercen las autoridades públicas antes mencionadas, enmarcándose allí también las funciones desarrolladas por las Superintendencias como organismos encargados de la inspección y vigilancia. En este sentido resulta oportuno transcribir lo señalado por la comentarista Claudia Jiménez Jaramillo respecto de la naturaleza de las facultades de represión administrativa ejercida por los organismos de vigilancia y control, así como de la noción de policía administrativa, conforme a los pronunciamientos efectuados por nuestras Altas Cortes:

"En cuanto al fundamento constitucional de la facultad sancionatoria de la administración, la jurisprudencia colombiana habla de "policía administrativa" no sólo en cuanto al orden público clásico protegido normalmente por el juez, sino con respecto a otros órdenes particulares extendidos a todos los sectores sociales (salud, economía, audiovisual), competencia de autoridades administrativas fuertemente especializadas. Esto ha abierto la vía a la represión administrativa moderna, entendida como "un género de actividades de la administración pública en virtud de la cual se regulan las libertades o reglamentan los derechos en general para armonizar su ejercicio con el interés general (...). Surgen así las "policías especiales", a cargo normalmente de superintendencias: así podrá hablarse de policía sanitaria, policía de seguridad privada, policía financiera, etc.". Aquí, la facultad sancionatoria sólo es la manifestación más importante de la misión de vigilancia y control de las autoridades de policía especial.

Las Superintendencias son consideradas entonces como organismos de policía administrativa económica, cuya misión es la promoción y el control preventivo y represivo de un sector determinado. El Consejo de Estado, en una jurisprudencia reiterada así lo reconoce (...).

Es claro que la jurisprudencia colombiana fundamenta la facultad represiva de las Superintendencias en su función de policía. La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre este tema: en un primer tiempo, determinó materialmente la noción de policía administrativa y judicial, para luego diferenciar de forma orgánica las distintas autoridades de policía. En cuanto a

la policía administrativa, la única que interesa a este análisis, el juez constitucional constata la diferencia entre "poder", "función" y "actividad". Así: La policía administrativa está entonces ligada a la limitación y regulación de derechos y libertades para preservar el orden público. Pero esa limitación toma diversas formas: de un lado se ejerce mediante la expedición de regulaciones generales como los reglamentos (poder); de otro lado, supone la expedición de actos jurídicos concretos como la concesión de una autorización (función); y, finalmente, se desarrolla mediante operaciones materiales de uso de la fuerza pública y se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función (actividad). Por eso la doctrina ha solido distinguir entre poder, función y actividad de policía. La Corte Constitucional comparte y reitera aquí la distinción realizada (...).

De tal manera que el "poder de policía" es de carácter normativo, legal o reglamentario, ejercido principalmente por el Congreso y de manera subsidiaria por ciertas autoridades administrativas; la "función de policía" está subordinada al poder de policía y se ejerce por las autoridades administrativas de policía, como el Presidente; y la "actividad de policía" es estrictamente material y no jurídica, subordinada al poder y a la función ejercida por los representantes del Estado en las colectividades locales y sus cuerpos uniformados. Según los términos de la jurisprudencia colombiana, a las Superintendencias corresponde entonces el ejercicio de la "función de policía administrativa" y excepcionalmente del "poder de policía". Lo que significa que se trata de organismos que disponen de los medios necesarios para el cumplimiento de las misiones del Estado, determinadas por la ley. Junto a sus facultades de mando, gestión y reglamentación, la facultad de sanción de las autoridades administrativas hace parte de los instrumentos propios de la función de policía y constituye el mecanismo coactivo para hacer respetar las normas aplicables a cada sector".

Así es como la SINR está cumpliendo una de las funciones que le corresponde cual es la de instruir a los Notario y Registradores sobre la aplicación de las normas³⁵¹, al tener como función instruir a los notarios sobre la aplicación de las normas que regulan su actividad³⁵² e impartir las instrucciones de carácter general, dictar las resoluciones y demás actos que requiera la eficiente prestación de los servicios públicos de notariado y de registro de instrumentos públicos, las

³⁵¹ Consejo de Estado, Sección 1, 25 sep. 2003, r11001-03-24-000-2002-00092-01(7807), O. I. Navarrete.

³⁵² Decreto 2163/11, art 12, num 3.

cuales serán de cumplimiento obligatorio³⁵³; para lo cual fija los estándares de calidad requeridos para la prestación de los servicios³⁵⁴.

Como organismo de inspección, vigilancia y control, la SINR desarrolla sus funciones de policía, determinando en gran medida las actividades que los notarios cumplen en el ejercicio de la función notarial, dictando resoluciones, circulares e instructivos; el notario es obligado a cumplir actividades de policía conforme a la orientación e instrucción dadas por la autoridad de policía notarial. De esta manera, la Nación se vincula por las fallas en la prestación del servicio notarial.

SECCIÓN NOVENA. LA FUNCIÓN DE POLICÍA.

La razón de establecer en este trabajo el tratamiento de la función de policía, obedece al objetivo final de demostrar que la imposición a los notarios de los contenidos de las normas del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) mediante decreto del gobierno nacional, circular e instructiva de la SINR, desnaturaliza la función notarial. Para ello, es necesario establecer qué es el poder de policía, la función de policía y la actividad de policía, conceptos estos que tienen relación directa con el concepto de orden público; y lo haremos de la mano de la jurisprudencia constitucional.

El ejercicio de la fe pública o notarial como función pública que otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la Ley establece, difiere en contenido y alcance de lo que es la función de policía. Aquella es la imposición de la verdad que se hace a

³⁵³ Decreto 2163/11, art 12, num 2.

³⁵⁴ Decreto 2163/11, art 12, num 4.

nombre del Estado y ésta es el medio de que se vale el gobierno para garantizar el goce y ejercicio pleno de los derechos y libertades individuales.

Para entender la función de policía, tomamos la sentencia C-024 de 1994, que define, entre otros, el concepto de orden público, el cual se encuentra en el centro de las definiciones de poder, función y actividad de policía; esta última tiene una connotación particular y precisa frente a las nuevas cargas que se imponen a los notarios desde el GAFI.

El orden público es el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permite la prosperidad general y el goce de los derechos humanos; no debe ser entendido como un valor en sí mismo. Y la policía, en sus diversos aspectos, busca preservar el orden público.

El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía.

De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía y que la Corte Constitucional entra a precisar:

1. Siendo autoridad administrativa (policía administrativa) o que actúa bajo la dirección funcional de las autoridades judiciales (policía judicial), la Policía está sometida al principio de legalidad puesto que afecta libertades y derechos.

2. Toda medida de policía debe tender a asegurar el orden público; por tanto, encuentra su limitación allí donde comienzan las relaciones estrictamente privadas. De aquí que la policía tampoco pueda actuar a requerimiento de un particular para proteger sus intereses meramente privados; para esto está la Justicia ordinaria.

3. La policía sólo debe adoptar las medidas necesarias y eficaces para la conservación y restablecimiento del orden público. La adopción del remedio más enérgico -de entre los varios posibles-, ha de ser siempre la última ratio de la policía, lo cual muestra que la actividad policial en general está regida por el principio de necesidad, expresamente consagrado en el artículo 3º del "Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley",

aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 169/34 del 17 de diciembre de 1979, que establece que las autoridades sólo utilizarán la fuerza en los casos estrictamente necesarios.

4- Igualmente, las medidas de policía deben ser proporcionales y razonables en atención a las circunstancias y al fin perseguido: debe entonces evitarse todo exceso innecesario. Así pues, los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen todas las actuaciones de la administración pública adquieren particular trascendencia en materia de policía.

5- Directamente ligado a lo anterior, la extensión del poder de policía está en proporción inversa al valor constitucional de las libertades afectadas. Eso explica que en ciertas materias -como la regulación de los sitios públicos- el poder policial sea mucho más importante que en otros ámbitos de la vida social, como el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

6- El poder de la policía se ejerce para preservar el orden público pero en beneficio del libre ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos. No puede entonces traducirse en una supresión absoluta de las libertades.

7. Así mismo debe recordarse especialmente en esta materia la regla, por otra parte general a toda actividad administrativa, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. El ejercicio del poder de policía no puede traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población, puesto que todas las personas "recibirán la misma protección y trato de las autoridades". (CP 13)

8. Igualmente opera la máxima de que la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos.

Por todo lo anterior, el ejercicio de la coacción de policía para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico puede constituir no sólo un problema de desviación de poder sino incluso el delito de abuso de autoridad por parte del funcionario o la autoridad administrativa³⁵⁵.

También la sentencia ha distinguido las diferentes clases de policías que se desprenden de nuestro orden jurídico:

El concepto de Policía es multívoco por cuanto tiene al menos cuatro significaciones diversas en el régimen constitucional colombiano. De un lado, se refiere a unas formas de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público: es el poder, la función y la actividad de la policía administrativa. De otro lado, se refiere a las autoridades encargadas

³⁵⁵ También la sentencia Corte Constitucional, Sentencia C-825/04, MP R. Uprymny.

de desarrollar tales formas de actividad: son las autoridades administrativas de policía. En tercer término, la Policía es también un cuerpo civil de funcionarios armados: la Policía Nacional. Finalmente, esta noción se refiere a la colaboración que pueden prestar ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los delitos: es la policía judicial.

Para lo que incumbe a este trabajo, vamos a dar desarrollo a uno de los conceptos de policía que define la sentencia: autoridades administrativas de policía, como las autoridades encargadas de desarrollar la actividad del Estado ligada a la preservación y restablecimiento del orden público.

“La policía administrativa está entonces ligada a la limitación y regulación de derechos y libertades para preservar el orden público. Pero esa limitación toma diversas formas: de un lado, se ejerce mediante la expedición de regulaciones generales como los reglamentos; de otro lado, supone la expedición de actos jurídicos concretos, como la concesión de una autorización; y, finalmente, se desarrolla mediante operaciones materiales de uso de la fuerza pública y se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función. Por eso la doctrina ha solido distinguir entre poder, función y actividad de policía. La Corte Constitucional comparte y reitera aquí la distinción realizada en tal sentido por la Corte Suprema de Justicia cuando distinguió esos conceptos así:

a) El poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1º y 3º del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad...

b) La función de Policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste...

c) En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía... no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, quien manda obedeciendo, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

Colígese de lo precedentemente expresado que:

*a) **El poder de policía es normativo: legal o reglamentario.** Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del estado de derecho es, además, preexistente.*

*b) **La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía.** Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Más repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad.*

*c) **La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica,** corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad³⁵⁶.*

La función de policía a nivel nacional es exclusiva del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, según el artículo 189 numeral 4 de la Constitución Política, estándole entonces vedado al Congreso ejercer este tipo de competencias³⁵⁷. El presidente ejerce muchas de sus competencias por medio de entidades descentralizadas como las superintendencias, siendo este el caso de la función de inspección, vigilancia y control en la prestación de los servicios públicos.

Pero es necesario hacer, como lo hace la sentencia referida, una distinción: la policía administrativa puede ser definida como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por la administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública y lograr de esa manera la preservación del orden público; es decir, en sentido técnico, implica un poder jurídico de tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares. Mientras que la fuerza de policía tiene una misión de ejecución material, siendo sus funcionarios agentes de ejecución, que no realizan actos jurídicos, sino operaciones materiales; busca lograr

³⁵⁶ También la sentencia Corte Constitucional, Sentencia C-825/04, MP R. Uprymny.

³⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-024/94, MP A. Martínez. Igualmente, a nivel de las entidades territoriales, los cuerpos colegiados carecen de la función de policía, mientras que las autoridades ejecutivas unipersonales sí gozan de ella. Así, los gobernadores -art. 303- y los alcaldes -315.2-, ejercen la función de policía.

coactivamente el respeto al ordenamiento jurídico, para lo que debe asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la policía administrativa, principalmente el aseguramiento del orden público (policía de seguridad).

Y sigue la misma sentencia diciendo que la preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas, no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público. Conforme a lo anterior, en un Estado social de derecho, el uso del poder de policía –tanto administrativa como judicial– se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas.

Dice la Corte Constitucional³⁵⁸ que la función de Policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro del marco impuesto por éste; que supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por el poder de policía a las autoridades administrativas de policía. Su ejercicio compete al Presidente de la República, a nivel nacional, según el artículo 189-4 de la Carta, dentro del marco constitucional, legal y reglamentario. La concreción propia de esta función no solamente se presenta en aquellos eventos en los cuales la autoridad administrativa se limita a la expedición de una licencia y que se contraen a la relación directa entre la administración y el “administrado” o destinatario de la actuación, en atención a la definición de una situación concreta y precisa; sino que además, la función de policía también implica la adopción reglamentaria de ciertas prescripciones de un tema en particular, dirigidas a un grupo específico de personas, bajo la orientación de la Constitución, la ley y el reglamento superior, de tal manera que la autoridad de policía pueda actuar ante condiciones específicas,

³⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-825/04, MP R. Uprymny.

según los términos que componen la noción de orden público, lo que le permite dictar normas que regulen aquellas materias con carácter reglamentario y objetivo. Lo que es consecuencia de la imposibilidad del legislador de prever todas las circunstancias fácticas.

Las leyes de policía dejan entonces un margen de actuación a las autoridades administrativas para su concretización, pues la forma y oportunidad para aplicar a los casos particulares el límite de un derecho corresponde a normas o actos de carácter administrativo expedidos dentro del marco legal por las autoridades administrativas competentes. Este es el denominado “poder administrativo de policía”, que más exactamente corresponde a una “función o gestión administrativa de policía” que debe ser ejercida dentro del marco señalado en la ley mediante la expedición de disposiciones de carácter singular (órdenes, mandatos, prohibiciones, etc)³⁵⁹.

El significado y alcance de la función de policía implica la atribución y el ejercicio de competencias concretas, asignadas de ordinario por el poder legislativo de policía a las autoridades administrativas como el Presidente de la República a quien compete, según el artículo 189-4 de la Carta, “*conservar en todo el territorio el orden público*”.

Mediante la ley y el reglamento superior, el ejercicio del poder de policía delimita derechos constitucionales de manera general y abstracta y establece las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo. Mediante el ejercicio de la función de policía se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos concretos, las disposiciones establecidas en las hipótesis legales, en virtud del ejercicio del poder de policía³⁶⁰.

La actividad de policía se refiere a los agentes de policía quienes no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material como medio

³⁵⁹ Ibíd.

³⁶⁰ Ibíd.

para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones están limitadas por actos jurídicos reglados, de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, son ejercicios concretos de la función de policía y limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor al hacer cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía. Es una actividad estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia del uso reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni reguladora de la libertad³⁶¹.

En conclusión, la SINR es autoridad administrativa de policía para orientar, vigilar, inspeccionar y controlar el servicio público notarial³⁶²; función que cumple mediante circulares o instrucciones de carácter general para instruir a los notarios en la aplicación de las normas que regulan su actividad, dentro del marco legal y el marco reglamentario que expide el gobierno como suprema autoridad administrativa que ejerce la inspección y vigilancia de los objetivos y funciones de la entidad³⁶³.

Entre sus funciones, el Superintendente cumple la de instruir y orientar a los notarios y registradores sobre la aplicación de las normas, actualizando las instrucciones cuando se requiera. Estas instrucciones estarían comprendidas dentro del género “Circulares”, que reglamentan procedimientos al interior de una entidad³⁶⁴.

Es clara la competencia del Superintendente de Notariado y Registro para expedir instructivos que orienten la labor de notarios y registradores de instrumentos

³⁶¹ Ibíd.

³⁶² Decreto 2163/11, art 3.

³⁶³ Decreto 2163/11, art 12 num 16.

³⁶⁴ Consejo de Estado, Sección 1, 25 sep. 2003, r11001-03-24-000-2002-00092-01(7807), O. I. Navarrete.

públicos, y cómo deben aplicar de manera general por los destinatarios de la misma (...)³⁶⁵

Recurriendo a la doctrina francesa³⁶⁶ se dice que las circulares “son un instrumentos de circulación de información entre los servicios centrales del ministerio, de una parte, y entre éstos servicios y los servicios exteriores, por otra parte”; siendo percibida como un poder de interpretación. “El Ministerio u otra autoridad jerárquica, para guiar la conducta de sus subordinados, les hacen conocer *la interpretación* que conviene dar a un texto o la política a seguir sobre un problema preciso con el fin de aclarar, guiar, armonizar la acción de sus servidores”. De la circular se espera la “*seguridad*”, de manera explicativa, detallada y más concreta. Las circulares son normalmente *interpretativas* y tienen lugar en la estela de una norma jurídica preexistente –leyes y decretos– de la que precisan el sentido, y no tiene un carácter decisorio. Sin embargo existen las circulares que introducen las disposiciones que van más allá de un simple comentario y que expiden normas jurídicas nuevas. Ciertas circulares contienen a la vez disposiciones reglamentarias e interpretativas y son consideradas como “*mixtas*”, no siendo admisible el recurso sino contra las primeras disposiciones. Señala, además, citando fallo del CE, 18 de diciembre de 2002, “*Duvignères*” (CAJA n°. 116) que “las disposiciones imperativas de carácter general de una circular o de una instrucción deben ser vistas como produciendo efectos jurídicos y susceptible de recursos,...”. La distinción no depende más del objeto sino del efecto: las disposiciones imperativas.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado: “El alcance jurídico de los Actos Administrativos de servicio, es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero, jamás tienen la virtualidad de obligar, ejemplo los conceptos de los asesores jurídicos; los certificados de tiempo de servicio. ...”. “ Puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, en una circular o carta de instrucción, se expidan

³⁶⁵ *Ibíd.*

³⁶⁶ Jacqueline Morand-Deville. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá. Universidad de Externado de Colombia. 2010, p. 375 a 379.

decisiones, que son verdaderos Actos Administrativos, en tal caso se deben reconocer, y pueden ser demandables por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, lo cual ocurre con demasiada frecuencia”. De la misma manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. “Pero si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales.” (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de febrero de 2000. C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero).

En ejercicio de sus atribuciones legales, el gobierno nacional expide los decretos reglamentarios 1957 de 2001 (deber de informar los notarios actos que consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos) y 1497 de 2002 (información que se debe suministrar a la UIAF por entidades públicas y privadas para combatir el lavado de activos); la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) expide la “Guía para la prevención del riesgo de lavado de activos y la financiación del terrorismo en el sector notarial” (antes había expedido la Resolución 033/07, ya derogada, en la que se obliga a reportar a la UIAF las operaciones sospechosas) y el SINR expide la Instrucción Administrativa 8 de 2007 (las notarías implementen mecanismo de control para la detección de operaciones sospechosas y el reporte a la UIAF) y la Circular Externa 1536 de 2013 (implementa el Sistema integral para la prevención y control del lavado de activos y financiación del terrorismo -SIPLAFT- en el sector notarial). Todas hacen referencia a las actividades que desarrollan los notarios en el ejercicio de la función notarial o función fedante.

El SINR, como delegatario del Presidente de la República para la función de inspección y vigilancia, y en consecuencia como autoridad de policía administrativa especial para el ejercicio notarial, dictó la Instructiva Administrativa

8 de 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013. Estos actos regulan de manera general e imperativa el ejercicio de la función notarial y tienen como objetivo orientar e instruir el servicio público que prestan los notarios³⁶⁷, al tiempo que los obligan a reportar a la UIAF la realización de los actos jurídicos autorizados que consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos, de acuerdo con los parámetros y la metodología establecidos³⁶⁸.

Según esos actos, la vigilancia de la superintendencia tiene por objeto velar que el servicio notarial se preste oportuna y eficazmente, y conlleva al examen de la conducta de los notarios y ciudadanos en el cumplimiento de sus deberes, rectitud e imparcialidad, bajo la falta gravísima en caso “Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función”³⁶⁹. Con ella se busca que las Notarías implementen mecanismos de control para la detección de operaciones sospechosas y el reporte de operaciones notariales con el fin de prevenir los delitos de lavados de activos y financiación del terrorismo; para lo que deberán tomar las medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que la realización de cualquier acto o negocio jurídico sometido a su autorización sea instrumento para la adquisición, resguardo, inversión, transporte, transformación, custodia, administración, inversión o aprovechamiento, en cualquier forma, de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.

En concreto, la función de policía administrativa desarrollada por la SINR y la actividad de policía que ejecutan los notarios, en cumplimiento de las instructivas y circulares de ésta, se patentiza en el cumplimiento de actividades que están más

³⁶⁷ Decreto 2163/11, art 3 y 12-2.

³⁶⁸ Decreto 1957 de 2001, art 1 y 2.

³⁶⁹ Ley 734 de 2002, art 58, num 3.

allá de la función fedante y, en consecuencia, son actividades materiales de policía.

CAPITULO III. EL GAFI FRENTE A LA FUNCIÓN NOTARIAL

En páginas anteriores se ha referenciado el origen del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) de una parte; y de otra, se ha delineado lo que es la función notarial del notariado tipo latino bajo la legislación colombiana, lo cual sirve como marco para el desarrollo de la función notarial bajo el influjo de las normas GAFI. Las normas GAFI tienen un contenido que impregnan la producción normativa del derecho interno de los países de influencia del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM)³⁷⁰, principalmente, del cual Colombia es un importante referente internacional; en particular el sector financiero es el principal objetivo de las denominadas Cuarenta Recomendaciones del GAFI (las Recomendaciones del GAFI)³⁷¹ para prevenir el lavado de activos³⁷², financiación del terrorismo y la proliferación de armas. Por concepción originaria del GAFI, a las actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD), –entre los que se cuentan los agentes inmobiliarios, los abogados, los contadores y notarios–, en lo pertinente, se les deben aplicar las recomendaciones antilavado de activos (ALA) y contra la financiación del terrorismo (CFT)³⁷³ del GAFI.

Al cabo de este trabajo se pretende demostrar cómo el contenido de las normas GAFI aplicables a la función notarial –como profesión no financiera– desnaturaliza la delegación fedataria que el Estado ha entregado al particular para que a su nombre autorice actos en los que se impone la verdad oficial. Es contradictorio para la función notarial autorizar la escritura pública de compraventa de bien inmueble dando fe de haberse cumplido las exigencias del ordenamiento jurídico y

³⁷⁰ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Documento de consulta. Principios básicos para una supervisión bancaria. 2012. Basilea. p. 14 y 18.

³⁷¹ Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI fueron adicionadas con ocho después de la caída del World Trade Center en el 2001, y luego con una más para, además, combatir la financiación del terrorismo. Pero en la actualización de las Recomendaciones que hizo el GAFI en el 2012, fueron revisadas y allí quedaron refundidas las adicionadas.

³⁷² En España se denomina blanqueo de capitales y en Venezuela legitimación de capitales.

³⁷³ La revisión del 2012 de Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, habla de Antilavado de Activos (ALA) y Contra el Financiamiento del Terrorismo (CFT).

después reportar –bajo reserva legal– la ‘sospecha’ de que la ejecución del negocio jurídico tiene fines delictivos³⁷⁴.

En consecuencia, la seguridad jurídica preventiva, como razón de ser de la función notarial, no tiene rigor; queda como un mero enunciado que soporta la burocracia notarial.

SECCIÓN PRIMERA. ALGUNOS ASPECTOS GENERALES

La lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo se ha surtido de instrumentos legales y administrativos que cubren la totalidad de la vida económica de un ciudadano, con la finalidad de hacer eficaz la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Esta lucha es extensiva: se parte de unos sectores económicos, para luego ir cubriendo otros, siempre a la zaga de la dinámica impuesta por la delincuencia organizada. Primero tuvo como referente exclusivo los sistemas financiero, de valores y de seguros; ya se ha extendido a otros sectores económicos³⁷⁵ o a las denominadas actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD)³⁷⁶. Si bien éstas, desde un comienzo, ya estaban enunciadas dentro de las Recomendaciones del GAFI, no todas tenían desarrollo normativo en el ordenamiento jurídico colombiano. Así tenemos que a los contadores públicos en funciones de revisores fiscales, se les levanta el secreto profesional frente a actos que conozcan o deban conocer sobre corrupción³⁷⁷. De igual manera, los notarios fueron calificados como sujetos obligados en el 2001 y en el 2007, se les asignaron actividades propias de las funciones de inteligencia financiera de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), para quedar vinculados al engranaje del GAFI, cuya finalidad es implementar políticas del

³⁷⁴ Como lo indica el Principio 29 del Comité de Basilea.

³⁷⁵ Ley 526/99, art 3.

³⁷⁶ Así las define Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, en las recomendaciones 22, 23, 28, 35 entre otras, de la revisión del año 2012.

³⁷⁷ Ley 1474/11, art 7, en el cual se levanta el secreto profesional al revisor fiscal frente a actos de corrupción.

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea³⁷⁸ (Comité de Basilea), en el desarrollo del Principio 29 de leyenda – ‘Utilización abusiva de servicios financieros’³⁷⁹ (o Debida Diligencia del Cliente)–. No se trata de una norma legal, sino de un conjunto de reglas deontológicas³⁸⁰.

La función notarial ha sido objeto de una particular regulación³⁸¹ en la que los notarios están obligados a reportar la realización de los actos jurídicos que se consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos³⁸² por quienes son los otorgantes en la escritura pública, que para éste trabajo, es la de compraventa de inmuebles.

Se tiene que la Ley 526 de 1999³⁸³, (modificada por la Ley 1121 de 2006) en el artículo 3 parágrafo 1, permite que para el cumplimiento del reporte de información

³⁷⁸ Son los *Principios Esenciales*: se refiere a los Principios Centrales para la Supervisión Bancaria Eficaz emitidos por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, los Objetivos y Principios para la Regulación de Valores emitidos por la Organización Internacional de Comisiones de Valores, y los Principios de la Supervisión de Seguros emitidos por la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros.

³⁷⁹ **Principio 29 – Utilización abusiva de servicios financieros:** el supervisor verifica que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados, incluidas estrictas reglas de diligencia debida con la clientela, para promover normas éticas y profesionales de alto nivel en el sector financiero e impedir que el banco sea utilizado, intencionalmente o no, *con fines delictivos*. Es de señalar, que por la naturaleza propia de este tipo de normas, su contenido se actualiza; es por ello que los principios del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea han tenido revisiones. El contenido de éste principio, para el año 2006, se ubicaba en el **Principio 18: Integridad del sector bancario:** Los supervisores deben estar satisfechos de que los bancos tengan políticas y procesos adecuados, incluyendo reglas estrictas de ‘conocimiento del cliente’, que promuevan altos estándares éticos y profesionales en el sector financiero y prevengan que el banco sea utilizado, con o sin consentimiento, por *actividades criminales*. Y el contenido mismo principio, para el año 1997, se ubica en el **Principio 15: Reglas para salvaguardar la integridad del sistema financiero:** Los supervisores bancarios deben determinar que los bancos tengan políticas, prácticas y procedimientos adecuados, incluyendo reglas estrictas de ‘conocimiento del cliente’, que promuevan altos estándares éticos y profesionales en el sector financiero y prevengan que el banco sea utilizado, con o sin consentimiento, por *elementos criminales*.

³⁸⁰ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.*, p. 305.

³⁸¹ Decreto 1957/01; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Guía para la prevención del riesgo de lavado de activos y financiación de terrorismo en el sector notarial de la UIAF.

³⁸² Decreto 1957/01, art 1.

³⁸³ Es la ley por medio de la cual se crea la Unidad de Análisis e información Financiera, UIAF, que en la estructura de las Recomendaciones del GAFI, equivale a la Unidad de Inteligencia Financiera, UIF. El grupo Egmont las definió como: Una agencia central nacional, responsable de la recepción,

relevante y mecanismos de control de otros sectores³⁸⁴, el Gobierno Nacional podrá establecer las modificaciones necesarias de acuerdo con la actividad económica. Con fundamento en estas leyes dicta el decreto 1957 de 2001, cuyo primer artículo indica la obligación de los notarios a reportar a la UIAF la realización de los actos jurídicos autorizados por ellos que, según instructivo emitido por la Superintendencia de Notariado y Registro (SINR), se consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos; el mismo decreto en el artículo segundo señala que la SINR, en coordinación con la UIAF, emitirá un instructivo mediante el cual se describan los parámetros y la metodología que deben ser empleados por los notarios para dar cumplimiento a la obligación establecida en el artículo primero, (es decir, la obligación de reporte). Así, bajo éste mandato, se dicta la Resolución 033 de 2007 expedida por la UIAF, derogada por la Resolución 239 del 2013 y ésta a la vez remite a la Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR; ya la SINR había expedido la Instructiva Administrativa 8 de 2007. En estos actos se detalla el quehacer notarial como mecanismo específico tendiente a evitar que algunos actos sujetos al trámite notarial, sean aprovechados indebidamente por las organizaciones delincuenciales para dar apariencia de legalidad al producto de sus delitos³⁸⁵.

Todo el contenido de las anteriores normas está previamente definido en las Recomendaciones del GAFI, las cuales tienen el sentido de materializar el referido principio del Comité de Basilea y del G-7³⁸⁶, éste último dio nacimiento al GAFI. Así lo reconoce expresamente la UIAF en el considerando 8 de la derogada

petición, análisis y distribución de la información financiera a las autoridades competentes (i) concerniente al producto del delito o a la financiación del terrorismo, o (ii) la que sea requerida por la legislación o regulación nacional, con vistas a la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

³⁸⁴ Decreto 1497/02, art 2.

³⁸⁵ Circular Externa 1536/13 de la SINR; Guía para la prevención del riesgo de lavado de activos y financiación de terrorismo en el sector notarial de la UIAF.

³⁸⁶ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.*, p. 292: En la XV Cumbre del G-7 (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y el Reino Unido) (actualmente G-8, por la incorporación de Rusia), celebrada en París, del 14 al 16 de julio de 1989, se creó el GAFI-FATF, un grupo intergubernamental de desarrollo y promoción de políticas para combatir el blanqueo de capitales.

Resolución 033 de 2007 en el que, a los efectos de emitir pautas objetivas para el reporte de los notarios, tuvo en consideración las Recomendaciones del GAFI³⁸⁷.

El Comité de Basilea es la instancia internacional de referencia en materia de supervisión bancaria y, en general, para el desarrollo del derecho bancario; carece de competencia normativa, y se limita a elaborar normas técnicas o códigos de conducta que los Estados utilizan como elementos de referencia para elaborar las normas jurídicas aplicables a la actividad bancaria³⁸⁸.

Las Recomendaciones del GAFI es un sistema de mínimos que cada país debe desarrollar según su propio contexto legislativo y económico y son las medidas preventivas del sistema financiero y otras actividades (como la notarial) que se deben incluir en los sistemas penales y normativos, con la observancia, valga repetirlo, del GAFI³⁸⁹, FMI, BM, el Consejo de Seguridad de la ONU³⁹⁰ y otros

³⁸⁷ Res 033/07 de la UIAF. -8. Que a los efectos de emitir las pautas objetivas para el reporte de los Notarios, la UIAF tuvo en consideración la recomendación número 16 de las 40 Recomendaciones del GRUPO DE ACCION FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI), la cual insta a los países a regular el reporte de operaciones sospechosas por parte de los Notarios. *Resolución de la UIAF 033 de 2007*. - Para la fecha de expedición de ésta resolución estaba vigente la segunda revisión a las Recomendaciones del GAFI en el 2003; hoy, en la revisión de 2012 la Recomendación 23 corresponde a la Recomendación 16 de 2003. La Recomendación 16 de 2003, remite a las recomendaciones 13, 14, 15 y 21, y la Recomendación 23 de 2012 remite a las recomendaciones 18, 19, 20, 21 y 22, que son las que corresponden a aquellas. - **40 Recomendaciones de 2003. – 16.** Los requisitos dispuestos en las Recomendaciones 13 a 15 y 21 se aplican a las actividades y profesiones no financieras designadas, con sujeción a las siguientes salvedades: a) se debería requerir a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores y contables que reporten operaciones sospechosas cuando, por cuenta o en representación de un cliente, participen en una operación en relación con las actividades descritas en la Recomendación 12 (d). Se alienta firmemente a los países a que hagan extensivo el reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores y contables, incluyendo las auditorías. (...). **40 Recomendaciones de 2012. - 23. APNFD: Otras medidas.** Los requisitos plasmados en las Recomendaciones 18 a la 21 se aplican a todas las actividades y profesiones no financieras designadas, sujeto a los siguientes requisitos: (a) Debe exigirse a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que reporten las operaciones sospechosas cuando, en nombre de un cliente o por un cliente, se involucran en una transacción financiera con relación a las actividades descritas en el párrafo (d) de la Recomendación 22. Se exhorta firmemente a los países que extiendan el requisito de reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores, incluyendo la auditoría. (...)

³⁸⁸ Luís M Hinojosa Martínez y Javier Roldan Barrero. *Op. Cit.*, p. 259.

³⁸⁹ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.*, p. 297.

organismos regionales³⁹¹. Cuando un país no cumple, lo incluyen en la lista de Países y Territorios No Cooperantes (PTNC), lo que conlleva grandes trabas para sus relaciones comerciales con otros países³⁹².

Las recomendaciones del GAFI a su vez actualizadas, de acuerdo con las necesidades que imponen los nuevos retos de la delincuencia organizada, lo que implica –en lo pertinente– la modificación normativa interna de cada país. Así tenemos que la debida diligencia del cliente –o estrictas reglas de diligencia debida con la clientela– que se deben aplicar en las actividades y profesiones no financieras –como la notarial– según la Recomendación 22 de la revisión de 2012, ya venía desde la revisión de 2003 en la Recomendación 5, y en la revisión de 1996 se encontraba en las Recomendaciones 10 y 11.

Las revisiones tienen como finalidad ampliar o precisar el contenido de la recomendación, para llenarla de claridad frente a la finalidad que se propone y, en consecuencia, hacerlas más eficaz en el desarrollo de la normativa interna de cada país. Las revisiones contemplan nuevas amenazas emergentes, clarifican y fortalecen muchas de las obligaciones existentes, manteniendo la estabilidad necesaria y el rigor de las Recomendaciones³⁹³. Es decir, que el desarrollo legislativo y administrativo para hacer frente en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo se traduzca en política pública de cada Estado para alcanzar los objetivos propuestos. Esa finalidad tiene puntos de apoyo sin los cuales difícilmente se podrá establecer una eficaz y permanente política pública, y estos son los principios transversales al engranaje legal y administrativo que se construye, teniendo como referente evitar la utilización abusiva de los servicios

³⁹⁰ *Ibíd.*, p. 293: ... mediante su Resolución 1617, de julio de 2005, urgió a los Estados miembros a implementar los estándares internacionales comprendidos en las Cuarenta Recomendaciones para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

³⁹¹ *Ibíd.*, p. 71.

³⁹² *Ibíd.*, p. 72.

³⁹³ GAFISUD. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI. Febrero de 2012

financieros³⁹⁴ en general; pero en lo que se refiere a la función notarial, para reportar la realización de los actos jurídicos autorizados por los notarios que consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos³⁹⁵.

Las Recomendaciones del GAFI son un esquema de medidas ampliado, global y coherente para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo, en las que se establecen patrones mínimos para la acción de los países en la implementación de los detalles de acuerdo a sus circunstancias particulares y esquemas constitucionales. Cubren todas las medidas que los sistemas nacionales deberían tener en vigor dentro de sus sistemas penales y normativos; las medidas preventivas que deben ser tomadas por las instituciones financieras y otras profesiones y actividades; y la cooperación internacional. Un elemento necesario de éstas, es la necesidad de que los sistemas de los países sean objeto de seguimiento y evaluación en contraste con estos estándares internacionales³⁹⁶.

Si bien las Recomendaciones del GAFI, como normas de deberes, no tienen fuerza vinculante, sí constituyen el estándar internacional de la lucha contra el lavado de activos, y en ellas encontramos algunas que son transversales a todo el contenido GAFI³⁹⁷. Se toman éstas con el propósito de exponerlas como principios GAFI aplicables a la función notarial. Advirtiéndolo, desde ya, que éstos principios (o Recomendaciones) surgidos del GAFI desdichan de la naturaleza de la función notarial.

1. Principios del GAFI en la función notarial.

³⁹⁴ Comité de Basilea, Principio 29.

³⁹⁵ Decreto 1957/01, art 1; Circular Externa 1536/13 de la SINR.

³⁹⁶ GAFISUD, Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI. www.gafisud.org, búsqueda de 2009.

³⁹⁷ Esta referencia hace alusión a aquellas normas que tiene por contenido la lucha integral contra el lavado de activos y que hacen parte de ese estándar internacional.

La estructura de las Recomendaciones del GAFI señala un mandato en cada una de ellas. Cada uno de esos mandatos está fuertemente imbricado en el contenido de las demás recomendaciones, de tal manera que la aplicación de una de ellas implica tener presente todo el contenido del mandato GAFI. Para claridad y eficacia de lo que se pretende con la política GAFI, se entiende incorporada a las Recomendaciones las Notas Interpretativas y el Glosario que cada revisión incorpora. De esta manera se indica que el sentido con el cual se ha de leer el contenido de las Recomendaciones, es para implementar medidas efectivas en los sistemas nacionales de cada país en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Los mandatos que a continuación se abordan, son algunas Recomendaciones que se presentan como principios, los que son construidos desde el contenido de la política GAFI y que son pertinentes a la función notarial; además, son transversales a toda la actividad financiera, de valores y de seguros; sin ellos no habría rigor en el establecimiento de los estándares internacionales que se implementan en las Recomendaciones GAFI y que debe ser vertido en la normativa interna de cada país.

1.1 Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS)³⁹⁸

Si el notario³⁹⁹ en el ejercicio de la función notarial⁴⁰⁰ sospecha, o tiene motivos razonables para sospechar⁴⁰¹ que los fondos con los que se hace el negocio jurídico son producto de una actividad criminal, o están relacionados con el lavado

³⁹⁸ Ley 526/99; Decreto 1957/01, art 1; Decreto 1497/02, art 2; Circular Externa 1536/13 de la SINR, 7.2.1; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR.

³⁹⁹ Ley 526/99, art 3 inc 1 y parag 1; Decreto 1957/01, art 1; Decreto 1497/02, art 2; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R22 – d y 23 – a y sus Notas Interpretativas.

⁴⁰⁰ Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6.

⁴⁰¹ Circular Externa 1536/13 de la SINR.

de activos, debe reportar con prontitud sus sospechas a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF).

El notario y los empleados que hacen el reporte están protegidos por la ley frente a la responsabilidad penal y civil por violación de alguna restricción sobre la revelación de información⁴⁰²; además, les está prohibido revelar el hecho del reporte de la operación sospechosa⁴⁰³, pero cuando tratan de disuadir a un cliente para que no se involucre en una actividad ilegal, esto no significa revelación⁴⁰⁴.

1.2 Sujeto obligado.

La prevención y detección de operaciones de lavado de activos y financiación del terrorismo, exige la implementación de acciones de debida diligencia del cliente y, en consecuencia, el reporte de operaciones sospechosas, haciendo necesario establecer la persona designada por el ordenamiento jurídico⁴⁰⁵ para adelantar las referidas acciones de reporte, quedando bajo sanción en caso de no hacerlo⁴⁰⁶.

1.3 Enfoque basado en riesgos.

⁴⁰² Ley 190/95, art 42; Decreto 1497/02, art 5; Circular Externa 1536713 de la SINR, 7.2.1; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R21.

⁴⁰³ Ley 190/95, art 41; Ley 526/99, art 11 inc 3 y 4; Decreto-Ley 663/93, art 105 mod por art 2 de la Ley 1121/06; Decreto 1957/01, art 4; Decreto 1497/02, art 5 inc 2; Circular Externa 1536/13 de la SINR, 7.2.1; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R21 y Nota Interpretativa A2 de R10.

⁴⁰⁴ Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R23, Nota Interpretativa – 4. Ésta última parte aún no tienen desarrollo normativo en Colombia. No obstante, se puede entender que ante la obligación de crear mecanismos de control para evitar o prevenir la realización de cualquier acto o negocio que resulte ser sospechoso, conforme a la Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 7, 8 y 19, se tiene la obligación de disuadir a un cliente.

⁴⁰⁵ Ley 526/99, art 3; Decreto-Ley 663/93, arts 107 y 102 num 2 lit d. mod por la Ley 526/99; Decreto 1957/01, art 1; Decreto 1497/02, art 3; Circular Externa 1536/13 de la SINR; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R23 - a.

⁴⁰⁶ Ley 526/99, art 3 y Decreto 1957/01: el presupuesto de la sanción es que exista una obligación legal como la establecida en esta ley y este decreto; Ley 599/00, art 325A; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 4, 14 y 33; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R35.

En las actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) –como la del notario– se ha de identificar, evaluar y entender el riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo⁴⁰⁷, para tomar medidas que aplican recursos encaminados a asegurar que se mitiguen de manera eficaz y proporcional a los riesgos identificados⁴⁰⁸. Este enfoque debe constituir fundamento esencial para todo el régimen contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo y la implementación de medidas basadas en riesgo.

1.4 Debida Diligencia del Cliente.

Es la obligación del notario, como sujeto obligado, identificar y verificar la identidad de clientes y beneficiario final –como personas naturales o jurídicas– hasta estar convencido de conocerlos, para entender el propósito y carácter de la relación comercial. Esta obligación es continua para examinar que sean consistentes con el conocimiento que se tiene del cliente, su actividad comercial, el perfil del riesgo y la fuente de los fondos⁴⁰⁹.

1.5 Regulación y supervisión.

Asegura que las actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) –como la actividad notarial– estén sujetas a sistemas eficaces para el monitoreo, para asegurar el cumplimiento de los requisitos contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo de conformidad con los riesgos. Esto se ejecuta por

⁴⁰⁷ Ley 526/99, art 3 inc 1 y Parag 2; Decreto 1957/01, art 1 inc 1 art 2; Decreto 663/93, art 102 num 1, 103 num 1 y 106; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R1, R10, R18, R28, R34.

⁴⁰⁸ Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R1, R10, R18, R28, R34.

⁴⁰⁹ Ley 526/99, art 3 inc 1; Decreto 663/93, art 102 num 2 y 4, 103; Decreto 1957/01, art 1; Decreto 1497/02, art 3; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 34; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R10 y Nota Interpretativa A 1, 2 y 3, B 4, C 5, H 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

un supervisor⁴¹⁰ u organismo auto regulador que prevenga y sancione, para contrarrestar el incumplimiento de los requerimientos⁴¹¹.

1.6 Estadísticas y retroalimentación.

Se deben mantener amplias estadísticas sobre los asuntos relevantes a la eficacia y eficiencia de sus sistemas contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Las autoridades competentes deben establecer directrices y ofrecer retroalimentación que ayude a las actividades y profesiones no financieras en la aplicación de medidas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, y, en particular, en la detección y reporte de transacciones sospechosas⁴¹².

2. Precisando el compromiso de la función notarial.

Bien entendido ha quedado en el capítulo anterior, pues el notario es ante todo un profesional del derecho con el deber inexcusable de prestar su asesoramiento a todo aquel que reclame su ministerio; el que no solo comporta y presupone un juicio de adecuación a la legalidad del acto o negocio, pues como valor añadido necesariamente deber incorporar un “consejo de oportunidad”, en tanto que el

⁴¹⁰ Según el glosario de las Cuarenta Recomendaciones del GFI, los *Supervisores* se refiere a las autoridades competentes designadas u órganos no gubernamentales responsables de asegurar el cumplimiento por parte de las instituciones y/o actividades y profesiones no financieras (APNFD) con los requisitos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R1 .

⁴¹¹ Ley 526/99, arts 4 nums 5 y 7, (mod por el art 5 de la Ley 1121/06), 6 nums 4 y 5, 7 nums 5 y 7 (mod por el art 15 de la Ley 1121/06) 9, 10 y 11 inc 1; Decreto 1957/01, art 1 inc 1 y art 2; Decreto 663/93, art 102 num 2 lit d y 103 y 104; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R27 y R28.

⁴¹² Ley 526/99, arts 3, 4 num 2 y 3, arts 6, 7, parag art 9, 10; Decreto 1957/01, arts 1 inc 1 y art 2; Decreto 1497/02, art 4; Decreto-Ley 663/93 arts 102 a 107; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR; las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, R1, R2, R10, R12, R18, R20, R21, R22. R23, R28, R29, R34, R35, aunque todas las Recomendaciones tienen la función de ser reguladoras con la finalidad de servir, de igual manera, de fuente de contenidos normativos a los países.

notario está obligado a proporcionar soluciones a nuevas necesidades sociales no previstas en las normas⁴¹³.

Es así como el notario tiene una especial distinción:

“El notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente, de manera que realiza un oficio público –la llamada función certificante y autorizante- y un oficio privado –la que es propia de un profesional del derecho llamado a prestar tareas de pericia legal, de consejo o de adecuación-. Dos vertientes –privada y pública- que configuran una misma función, la notarial, dotándola de una especial coloración que la hace distinta de la otra”. Y es también necesario indicar que la fe pública, en sentido jurídico, no es otra cosa que la adhesión a la innegable veracidad de un hecho por parte del Estado y, consiguientemente, por la comunidad. Por ello, se ha dicho que la fe pública se convierte en una presunción legal de veracidad o autenticidad con relación a los hechos y actos en los que interviene una persona a quien la ley reconoce con la facultad de dar testimonio público de los mismos, siempre y cuando su intervención se realice con las solemnidades formales requeridas por la ley. El profesor Rodríguez Adrados define la fe pública (o notarial) como la eficacia jurídica, el valor que en la normalidad de la vida jurídica tienen por sí mismos los documentos públicos⁴¹⁴.

Según Fuentes Martínez⁴¹⁵, –notario de Madrid– de lo anterior se desprende lo que constituye el núcleo básico de la actuación del notario: el control de legalidad que el ordenamiento jurídico nos tiene encomendado, el cual, no lo olvidemos nunca, tiene su razón de ser en tanto que medio predisposto al logro, a la salvaguardia, de un valor constitucional: la seguridad jurídica. Y continúa diciendo “que lo que quiere la legislación notarial no es que se lleve a cabo una prestación de asesoramiento meramente pasivo, sino eminentemente activo, básicamente para una mejor protección del consumidor y usuario; de la parte más débil, o, en suma, de aquella parte que presente una posición adherente o carencial”.

⁴¹³ Jesús Julián Fuentes Martínez. Control de legalidad notarial e ilícitos penales. En Fuente M Jesús Julián, *Delitos económicos. La Función notarial y el derecho penal*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, p 37.

⁴¹⁴ *Ibíd.*, p. 39.

⁴¹⁵ *Ibíd.*, p. 40 y 41.

Queda así el notario al servicio del derecho.

Por ello cuestiona este autor “que normativas sectoriales, como la legislación sobre blanqueo de capitales (lavado de activos), partan de la aplicación al notario (en tanto que sujeto obligado) de principios que sin duda están pensados para otro tipo de profesiones”. El notario, como sujeto obligado y con la obligación de conocer a su cliente, debe determinar o establecer criterios relativos a la admisión de clientes, lo que además va contra la libertad de elección del notario y el carácter obligatorio de la prestación del servicio notarial⁴¹⁶.

Esta apreciación es importante frente al contenido GAFI y la función notarial que más adelante trataremos.

En la actuación del notario, el control de legalidad tiene un elemental principio: todo ejercicio de funciones públicas presupone y conlleva como exigencia ineludible, la observancia del ordenamiento jurídico y el respeto a los procedimientos establecidos; por tanto, toda actuación ha de ir precedida, necesariamente, de un previo examen de su juridicidad⁴¹⁷.

Cuando decimos que el notario controla la legalidad, estamos haciendo referencia a algo más complejo –y con mayor extensión– que un mero examen de adecuación a la ley, puesto que ese control de legalidad por parte del notario no puede entenderse desconectado de la función de asesoramiento. Además, como aquél se desenvuelve principalmente en el seno de las relaciones jurídico-privadas, es innegable que ese asesoramiento tampoco puede ir desligado de la trascendental función de consejo –o de consejero– que el notario ha de desempeñar, pues lo que realmente se pide a los notarios por los particulares que

⁴¹⁶ *Ibíd.*, p. 43.

⁴¹⁷ *Ibíd.*, p. 43.

acuden a la notaría, no es sólo una especie de “bendición” sobre la juridicidad de lo pretendido, algo que se presupone por el mero hecho de que un notario esté presente. Lo que se pide es un juicio –o consejo– de oportunidad acerca de si lo que se pretende es lo mejor o si hay otras alternativas posibles y con menor coste (incluido obviamente el fiscal)⁴¹⁸.

2.1 La certeza del derecho en la función notarial.

Lo que entraña la seguridad jurídica como principio constitucional, en expresión de LEGUINA VILLA, citado por Fuentes Martínez, son *tres dimensiones: conocimiento y certeza del Derecho positivo (i), confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuantos garantes de la paz social (ii), y previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de tercero (iii)*. Que la institución notarial está pre-ordenada al logro de la seguridad jurídica es algo que salta a la vista y no requiere mayores explicaciones. (Así): “*a notaría abierta, juzgado cerrado*”, pero la cuestión tiene mayor calado y se inserta, directamente, en el buen orden social y en el normal desenvolvimiento de las relaciones y de la vida jurídica: ... *constituir un buen notariado es completar las garantías constitucionales*. Por ello, la seguridad jurídica se proyecta tanto en la fase de elaboración de la norma jurídica, como en la fase de cumplimiento y aplicación del Derecho; y en esta última manifestación tienen especial relevancia los instrumentos jurisdiccionales y cautelares; entre éstos últimos se encuentran los documentos públicos notariales, que son resultado final de la actuación notarial o del ejercicio de la fe pública notarial, y sirve directamente al logro de esa seguridad jurídica: (i) dando certeza a la aplicación del Derecho objetivo a las relaciones y derechos subjetivos, garantizando la aplicación de la Ley mediante el control de legalidad y el asesoramiento legal; (ii) colaborando a la confianza de los ciudadanos en las relaciones jurídicas y derechos que gozan de la fe pública notarial; (iii) la fe pública

⁴¹⁸ *Ibíd.*, p. 44.

notarial favorece y consolida la seguridad jurídica garantizando la previsibilidad de las consecuencias de las propias acciones o de las actuaciones de terceros que gozan de la fe pública en el tráfico jurídico, dispensando al individuo y a la sociedad un sentimiento de seguridad frente a las perturbaciones que puedan sufrir sus derechos⁴¹⁹.

Así, la seguridad jurídica en la actuación notarial tiene un *marcado carácter preventivo*, evitador de posibles conflictos; por ello, el núcleo esencial de la función notarial no es tanto pre constituir medios de prueba para un proceso, como evitar que ese proceso se produzca. Se determina, entonces, que la seguridad jurídica *se presta en las fases iniciales previas a la celebración del negocio jurídico y en el mismo momento de su celebración*, o no es seguridad jurídica,...⁴²⁰.

La presencia de un notario en el momento de la transmisión de la propiedad inmueble cumple una función múltiple. La labor que despliega al autorizar una escritura pública de compraventa inmobiliaria, tutela a la vez numerosos intereses. Protege a las partes contratantes –en particular al adquirente– controlando la titularidad y el poder de disposición del vendedor, así como las cargas o gravámenes afectantes al inmueble objeto de la transmisión, mediante el examen de los títulos antecedentes. También interviene para la salvaguarda de los intereses de terceros. Los efectos de la escritura se producen no solo entre las partes, sino además en contra de terceros. Entre los terceros está la propia Administración Pública, el peligro de fraudes, evasión fiscal u operaciones de lavado de activos con activos inmobiliarios⁴²¹.

El control de legalidad implica, por supuesto, un *control de la regularidad del negocio*, regularidad no sólo formal, sino material. *El Notario al autorizar una Escritura Pública “redacta”, “controla la legalidad” y por último “autentica”.* (j) *Al redactar, el Notario debe informar, asesorar y leer, conformando la voluntad*

⁴¹⁹ *Ibíd.*, p. 44 y 45.

⁴²⁰ *Ibíd.*, p. 45.

⁴²¹ *Ibíd.*, p. 46 y 47.

de las partes; controlando la regularidad del negocio, en cuento a la legitimación (capacidad y representación) para realizar el acto o negocio jurídico, titularidad, comprobando que el otorgante sea el efectivo titular del derecho, adecuando dicha voluntad al ordenamiento jurídico, todo ello sin mengua de la imparcialidad. (ii) El control de la legalidad abarca todos los tipos de ineficacia, ante todo la nulidad absoluta, pero también la anulabilidad y rescindibilidad por causas coetáneas al negocio, y los actos fraudulentos, en fraude de Ley y en fraude de los derechos de terceros, dentro de los límites que impone el Estado de Derecho al control de la legalidad no judicial. Y, por último, (iii) el notario “auténtica”, ejerciendo la fe pública notarial, extendiéndose en le esfera de los hechos, a la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos, y en la esfera del Derecho, a la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes, derivando del instrumento Público una serie de presunciones iuris tantum (legales), de veracidad y de legalidad⁴²².

Se podría imaginar el tráfico jurídico sin la existencia del sistema notarial, en el que para garantizar todo lo señalado en el párrafo anterior se tuviera que acudir a la jurisdicción para que un juez, por ejemplo, constatará los extremos que determinan la compraventa de un bien inmueble y en consecuencia dictara una decisión autorizando la transacción y señalando las consecuencias jurídicas de ese negocio. Otra sería la vida jurídica.

Que el asesoramiento a prestar por el notario no puede ser “aséptico”, en tanto que ha de ir –y de hecho es lo que se espera de él– más allá de la mera formulación de un juicio de legalidad, pues la realidad nos enseña que también se pretende obtener del notario un consejo, una orientación sobre los mejores medios, y sobre los menores costos posibles para lograr lícitamente las finalidades perseguidas: *un consejo de oportunidad y de economía de medios en suma*⁴²³.

El control notarial de legalidad se lleva, pues, a cabo por la vía negativa del control-rechazo, del control denegación, cuando el notario constata de manera directa- es decir: sin ir más allá de los hechos, sin hacer conjeturas, ni verificar juicios de valor- que el acto o contrato es, en todo o en parte, contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o se prescinde por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos. Es decir, que para emitir juicios y para interpretar las normas más allá de la aplicación

⁴²² *Ibíd.*, p. 48.

⁴²³ *Ibíd.*, p. 54.

*directa de los preceptos legales atinentes al caso están los jueces, pues de lo contrario, dejar la verdadera interpretación normativa en manos del Notario vendría a hacer poco menos que discrecional su función, cosa difícilmente admirable, pues ello vendría a suponer un frontal ataque a la seguridad jurídica*⁴²⁴.

2.2 La neutralidad de la función notarial.

La neutralidad de la función notarial está dada por la misma naturaleza de las actividades que desarrolla el notario en cumplimiento de sus deberes como dador de fe. La actividad documentadora, técnica y testimonial, son actividades que se cumplen conforme al ritual establecido por el ordenamiento jurídico, en el que no se toma decisión alguna: solo exige ejecutar la ruta trazada en cada procedimiento establecido para cada negocio jurídico que regula el notario.

Tomando a Aguiló Regla, el cual diferencia la neutralidad de la imparcialidad: la neutralidad se le exige al tercero cuando no está llamado a decidir y la imparcialidad cuando sí está llamado a hacerlo⁴²⁵. El notario no decide; es un tercero que aplica el derecho objetivo y procede a cotejar las exigencias del ordenamiento jurídico con la voluntad de las partes, y exhibe el acuerdo sobre los efectos jurídicos de lo acordado.

Para abordar la neutralidad notarial, se sigue con el notario J-J Fuentes Martínez⁴²⁶, quien determina la neutralidad a partir de identificar cuál es el papel que juega el notario en aquellos supuestos en los que es precisamente la escritura “el cuerpo del delito”. Plantea dos extremos:

Uno: “(De) cualquier escritura que contenga un negocio jurídico, de lo único que da fe el notario autorizante y sirve de prueba frente a terceros, es de su fecha, de la identidad de las personas intervinientes y del hecho que motiva su

⁴²⁴ *Ibíd.*, p. 55 y 56.

⁴²⁵ Josep Aguiló Regla, *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá. Pelestra-Temis. 2004. p 76 y 77.

⁴²⁶ Jesús-Julián Fuentes Martínez. *Op. Cit.*, p. 68 a 73.

otorgamiento. De lo demás, el notario es un auditor y subsiguiente relator de lo que las partes intervinientes le expresen, ya sea verdadero o falso...”

Dos: “Que el notario no es un mero fedatario público, como un convidado de piedra que se limita a dar fe de las manifestaciones recogidas a su presencia, sino que tiene que tener conocimiento y valorar ciertos los extremos de lo que contienen las actas, escrituras y demás actos en que interviene ... “

Pone de relieve SÍLVA SÁNCHEZ, que en la dogmática jurídico-penal más moderna se entiende que una participación es “neutral” cuando, pese a constituir una aportación favorecedora en términos causales, de la producción del resultado típico, al realizar la conducta de favorecimiento el sujeto se ha atendido a los estándares de licitud de la profesión que ejerce, sin “adaptación” alguna a las circunstancias del hecho concreto. Si efectivamente el sujeto ha realizado la conducta en estricto cumplimiento de los deberes que son de su incumbencia en la interacción social, entonces su aportación, pese al efecto causal de favorecimiento que haya producido sobre el hecho principal delictivo, se considera “neutral” y el hecho no es punible.

Y es que el notario ha de jugar un papel activo en defensa de la legalidad y de los terceros y lo que no puede es limitarse a ser un mero fedatario relator; pero también parece evidente que no es lógico considerar a la función notarial (en cuanto a los negocios jurídicos que documenta) como de “máximo riesgo”, ni imponer al notario una vigilancia exorbitante. Esto es, no cabe hacer de la sospecha la regla general predicable respecto de la actividad notarial o pretender una suerte de responsabilidad objetiva por aplicación de la doctrina de los riesgos, ni tampoco, obviamente, dar por supuesto que el notario tiene obligaciones que no están claramente prefijadas en el ordenamiento. Por supuesto, el notario no puede hacer de la ignorancia deliberada una forma de actuación, pretendiendo así salvaguardar su responsabilidad.

Esta faceta de controlador de la legalidad, unida a la de asesor imparcial antes referida, impide colocar al notario en la posición aséptica de quien se limita a dar

fe de la identidad y capacidad de quienes “dicen”, así como del contenido y del contexto espacio-temporal de lo que dicen. Por lo tanto, el estándar profesional del notario, que define el espacio de lo que sería una participación “neutral” de éste en hechos delictivos de terceros, se integra por tres deberes fundamentales: a) el deber de rechazo o denegación de la autorización de documentos con contenido antijurídico (ya en sí mismo, ya por el contexto), que es, a la vez, deber de autorizar los documentos que no muestren tal contenido; b) el deber de asesoramiento; y c), el deber de veracidad en cuanto a los extremos del documento a los que alcanza la fe pública.

2.3 La denegación se da sobre un vicio de ilegalidad reconocible y constatable.

De otra parte, esa neutralidad notarial exige que la negación de la autorización sea consecuencia del cotejo normativo con las evidencias presentadas por las partes, y/o consecuencia de aquello que el notario oye, ve o percibe en el ejercicio de su función notarial.

Siguiendo con Fuentes Martínez, señala que para que el notario pueda llegar a adoptar esta decisión con suficientes garantías de acierto, ha de tener unos mínimos elementos de juicio para ello (también por supuesto para realizar unas mínimas indagaciones), siendo necesario además, que también cuente con unas mínimas posibilidades de actuación (superiores por tanto a las que proporciona la mera relación presencial con las partes) que le permitan ejercerla correctamente. Se proclama que el notario desempeña una función pública, de modo que no puede denegar su cooperación sin razón suficiente, añadiéndose a reglón seguido que ha de denegar su autorización con respecto de aquellas acciones en las que, de modo constatable, haciendo uso de los medios y respetando los límites que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la adecuada y correcta prestación de la función notarial, y que en modo alguno le convierten en un investigador (a modo

detectivesco) de las muchas veces encubiertas –por no hablar de inconfesables– finalidades e intenciones de las partes. Otra cosa será que en determinados supuestos por evidentes razones de conveniencia social, la legislación dé un paso más y exija al notario desplegar adicionales deberes de comprobación e incluso de investigación, tal como ha sucedido, por ejemplo, con la legislación sobre blanqueo de capitales; deberes estos impuestos al notario que superan ampliamente aquellos referidos a los restantes ámbitos en que despliega su actividad.

Por ello, bien podría entenderse que el caso de la legislación sobre blanqueo es una excepción a lo que vendría a ser, en su actuación profesional, la regla general; en la cual, los deberes de comprobación e investigación no tendrían esa intensidad reforzada, aunque sí esa necesaria diligencia a desplegar por el notario para saber si, de una manera suficientemente reconocible, se está utilizando su función (y obviamente también sus medios materiales y personales) para perseguir alguna finalidad antijurídica o –por supuesto– delictiva. El notario asesora al cliente, pero no lo hace nunca “por cuenta” de un cliente, sino por imposición legal, en su condición de funcionario público.

Se apoya en SILVA SÁNCHEZ para concluir que el *deber primario* del notario es el de denegar la autorización de documentos de contenido delictivo. *Deberes secundarios* previos que recaen sobre él son los de examen, investigación e información en relación con el contenido del documento que ha de autorizar. La infracción de estos deberes es penalmente relevante en tanto en cuanto implique adicionalmente que el notario obra con dolo eventual, algo que en principio –añade Fuentes Martínez– determinaría la insuficiencia de la culpa o negligencia como título de imputación (no bastarían para incriminar al notario).

2.4 Esbozos sobre estándares de licitud en la actuación notarial.

De igual manera, el notario Fuentes Martínez⁴²⁷, identifica algunas líneas de comportamientos neutrales en el ejercicio de la función notarial, los que señala como estándares en el notariado tipo latino, con lo que busca trazar una línea que lleve al notario a la denegación de la autorización sin incurrir en conjeturas, cumpliendo el control de legalidad de los negocios entregados a su regulación.

Para ello, el notario ha de tener como guía ineludible el respeto al ordenamiento en su conjunto, algo obvio y que no requiere mayores explicaciones, por ser el desempeño de una función pública. Se reitera que la actividad notarial de control de legalidad, al menos en una de sus importantes facetas –cuando se proyecta en su esfera negocial–, es inescindible de la función de asesoramiento y de la de consejo. En esta esfera predominantemente fedataria, lo que el notario ha de considerar es que su actuación no sea palmariamente contraria a derecho, pues de lo contrario se privaría a los particulares de obtener pruebas y otros principios como los siguientes:

1. Puede afirmarse que existe consenso en que el notario debe examinar el contenido del negocio en sí mismo, así como su contexto –este último en tanto en cuanto le sea conocido–. Sin embargo, no tendría el deber adicional de investigar sobre las intenciones ocultas de los contratantes cuando el negocio es formalmente incuestionable. Ahora bien, ante un contrato que despertara algunas sospechas sí surgiría un deber adicional para el notario de investigación u obtención de información de las partes.

2. Otro supuesto especial –verdadera piedra de toque– y también necesitado de la mayor concreción posible es la obligatoriedad de asesoramiento equilibrador a favor del compareciente que presenta una posición débil o carencial, o que sea adherente a condiciones generales. Obligar al notario a proporcionar a ese contratante una asistencia especial, sin mengua de su imparcialidad respecto de la contraparte, constituyó sin duda en su momento un claro avance de la legislación notarial. No obstante, el notario no debe traspasar otras líneas que enlazarían con los aspectos de carácter más económico del asunto o negocio jurídico.

⁴²⁷ Ibid., p. 76 a 83.

3. Las Instrucciones del órgano regulador a los funcionarios sometidos a su dependencia jerárquica que –obvio es decirlo– son de obligado cumplimiento, y a ellas debe atenerse el notario.

Con los estándares antes esbozados, llega a la convicción de que el negocio o la situación que se pretende documentar ante él no ofrecen razonables visos de ilicitud penal y presta su función conforme a los criterios establecidos, ha de quedar exento de responsabilidad penal a título de colaboración.

Las escrituras adquiere gran relevancia y la tendrá cada vez mayor, ya que es patente la tendencia legislativa a incrementar los deberes profesionales del notario reforzando el control de legalidad, algo de lo que la legislación urbanística y la de blanqueo de capitales, ofrecen muestras bien palpables. Por cierto, y en esta línea, esa llamada a reforzar el control de legalidad es reiterada, de manera insistente.

Y continúa:

Enterremos, pues, definitivamente la figura del notario/mero fedatario/relator, y avancemos decididamente, y con todas las consecuencias desfavorables para el que no cumpla debidamente, en pro de la figura del notario “controlador” de la legalidad que se involucra –valga la redundancia– en el control de los actos y negocios y que más allá de sus meros aspectos formales, entrando en el fondo, en la verdad (nada hay más notarial), de los asuntos sobre los que ha de proyectar su función.

El notario debe cumplir, siempre más que rigurosamente, ese conjunto de deberes profesionales que hemos ido delimitando y debe adoptar también una actitud totalmente alejada de la pasividad (es decir, ha de desplegar la debida diligencia) en orden a conocer, hasta donde le sea dado llegar, y con las posibilidades de actuación de que el ordenamiento jurídico le ha dotado, la intención de las partes,

pues, precisamente, una de sus primigenias funciones es adaptar esas intenciones al ordenamiento jurídico, en tanto que está legalmente obligado a proporcionar los medios jurídicos adecuados en orden a la consecución de los fines –lícitos– que las partes se propongan alcanzar.

A la menor duda razonable ha de abstenerse de actuar; no debiendo contentarse con la simple suposición –aparente– de que, aun existiendo indicios de una posible ilicitud penal, el acto en cuestión no caiga dentro de tal reproche sancionador. Es decir, que si el notario cuenta con una probabilidad mínimamente seria y razonable de que el negocio cuya documentación se pretende que autorice puede ser constitutivo de delito, debe abstenerse de hacerlo y si lo autoriza puede incurrir en responsabilidad.

El principio de vinculación negativa a la ley, que no otra cosa quiere decir que, en tanto que no perjudique a otro, puede hacer todo lo que no se me haya prohibido expresamente y no sólo lo que se me haya permitido de manera también expresa, gobierna la actuación notarial. Se es ante todo notario, pero ni se es juez, careciendo por tanto de sus potestades, ni tampoco un policía. Es decir, que tenga unos límites en mi forma de actuación, esenciales en el contrapeso de poderes y en el normal desenvolvimiento de los diversos mecanismos de un Estado de Derecho y que, por consiguiente, han de ser observados y respetados.

A lo anterior ha de atenerse el notario y su conducta ha de ser juzgada bajo las siguientes dos premisas.

Primero: respecto de los que comparecen en mi despacho, no puedo ir más allá de lo que la pura naturaleza de las cosas permite, ni puedo convertirme en un policía, en un investigador, o en un detective.

Segundo: no puedo “hacerme el loco”, jugar a ser el convidado de piedra, ni, por supuesto, asumir un rol de ignorancia deliberada; pero tampoco puedo formular puras conjeturas.

2.5 La garantía de la función notarial.

La función notarial en sí es una garantía; es el mecanismo mediante el cual el Estado da seguridad jurídica a hechos y declaraciones que fijan los comparecientes ante el notario, en el que, previa al acto de autorización, se despliega control de legalidad al acto o negocio regulado. Por ello, no es aceptable que después de autorizada la escritura pública el mismo notario cuestione el negocio del cual ha hecho dación de fe.

El notario español (como el colombiano) es un funcionario sobre el que recae no solamente el control de la legalidad y el aseguramiento de las garantías clásicas del documento público –identidad y capacidad de las partes, asesoramiento jurídico y control externo de la legalidad–, sino una serie de obligaciones legales que permiten introducir al documento que autoriza en un sistema jurídico basado en las ideas de *seguridad, previsibilidad, legalidad y subordinación al ordenamiento jurídico* proclamado por nuestra Constitución⁴²⁸.

Para lo anterior, se tiene que el blanqueo de capitales es combatido a través de dos mecanismos mutuamente complementarios: el sistema represivo o penal y el sistema preventivo o administrativo. Este segundo se orienta a auxiliar a las autoridades judiciales en su tarea de represión del blanqueo de capitales⁴²⁹.

⁴²⁸ Pilar Blanco-Morales L. Función notarial y estructura jurídica de la vida económica. En Fuente M Jesús Julián, *Op. Cit.*, p. 26.

⁴²⁹ Juan Manuel Vega Serrano. La prevención del blanqueo de capitales. En Fuente M Jesús Julián, *Op. Cit.*, p. 178.

Las garantías que se desprenden de la autorización del negocio regulado por el notario son las de paz social en el marco de tráfico jurídico, aplicación de la ley mediante el control de legalidad y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas por actos propios o de terceros. Es así que la función notarial entra a completar las garantías constitucionales.

2.6 Las obligaciones de prevención.

Frente a este tópico, Juan Manuel Vega Serrano⁴³⁰ reflexiona sobre el cumplimiento de los deberes nuevos que se imponen a los notarios en España, que en poco difieren de lo normado en Colombia. Señala que el incumplimiento a los deberes de debida diligencia del cliente puede tener consecuencias administrativas y penales con respecto a los actos consecuentes a la autorización, tomando para ilustrarlo la legislación española.

Así dice que: Los deberes que impone la normativa de prevención del blanqueo de capitales presenta una doble naturaleza.

En primer lugar, se trata de obligaciones de naturaleza administrativa, cuyo incumplimiento puede determinar la imposición de sanciones significativas. Ello, no obstante, en la medida en que estas obligaciones determinan el nivel de diligencia exigible, su incumplimiento es susceptibles asimismo de integrar el tipo imprudente de delito de blanqueo de capitales contenido en el art 301.3⁴³¹.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, las exigencias legales de prevención constituyen obligaciones de riesgo o peligro abstracto, lo que supone que su cumplimiento, así como la responsabilidad por su incumplimiento, se refiere a la simple actividad u omisión del sujeto obligado, siendo independiente de

⁴³⁰ *Ibíd.*, p. 181 y 182.

⁴³¹ Código Penal español: Artículo 301. (437). 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple. (...)

que se haya o no producido un resultado o lesión concreta en forma de presunto delito de blanqueo de capitales. Así, a título de ejemplo, el establecimiento de relaciones de negocios o la realización de operaciones con clientes no identificados constituiría *per se* un incumplimiento sancionable en vía administrativa, por infracción de lo dispuesto en el art 3.1 de la Ley 19/1993⁴³², de 28 de diciembre, sin perjuicio de que, de haberse producido el objetivo favorecimiento de una actividad delictiva como efecto del referido incumplimiento, pudieran derivarse consecuencias de naturaleza penal a título de imprudencia grave o, incluso, de dolo eventual. En estos casos, ambas responsabilidades serían en principio plenamente compatibles, por no concurrir la triple identidad a que se refiere el art 133 LRJPAC⁴³³. Señala que es de especial trascendencia mencionar dos deberes. En primer lugar, el conocimiento del cliente, que supone no solo su identificación “formal” sino “material” (es decir, la determinación de su actividad empresarial o profesional). En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, la obligación de comunicar a las autoridades las operaciones “sospechosas” (por presentar indicios o certeza de blanqueo de capitales) o “inusuales” (por no presentar lógica económica o no corresponderse con el perfil del cliente o sus antecedentes operativos). El cumplimiento estricto de estas obligaciones protegerá al propio sujeto obligado contra posible vinculación con elementos delictivos y proporciona una valiosa información a las autoridades responsables de la prevención y represión del blanqueo de capitales.

⁴³² Ley 19/93 de España: Artículo 3. Obligaciones. Los sujetos mencionados en el artículo precedente quedarán sometidos a las siguientes obligaciones: 1. Exigir, mediante la presentación de documento acreditativo, la identificación de sus clientes en el momento de entablar relaciones de negocio así como de cuantas personas pretendan efectuar cualesquiera operaciones, salvo aquellas que queden exceptuadas reglamentariamente. No precisarán identificarse las entidades de crédito y demás entidades financieras mencionadas en el artículo 2.1 de esta Ley. Cuando existan indicios o certeza de que los clientes o personas cuya identificación fuera preceptiva no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan.

⁴³³ Ley 30/92 de España: Artículo 133. Concurrencia de sanciones. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

El Notario como profesional reúne dos características relevantes en la sociedad: la confianza y la garantía. Confianza porque su intervención como depositario de la fe pública es sustancial en determinadas operaciones (como constitución de sociedades, o determinados contratos como la hipoteca); pero en otros casos, refuerza de forma notable los pactos y negocios privados, les otorga una solemnidad y una autenticidad socialmente apreciables. La segunda característica, la garantía, cuando interviene el notario se avala y refuerza la actividad de que se trate, eliminando los recelos que pudieran existir en las personas afectadas. En definitiva, la actuación notarial ofrece seguridad⁴³⁴.

Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su Ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble sentido: A) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. B) En la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes”. Por el contrario, en determinados hechos o actividades que pudieran constituir un delito de blanqueo de capitales, en cualquiera de sus formas, los notarios tienen una especial obligación de denuncia⁴³⁵.

SECCIÓN SEGUNDA. EL CONTENIDO DE LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI EN LA NORMATIVA INTERNA (LEYES, DECRETOS REGLAMENTARIOS, RESOLUCIONES, CIRCULARES E INSTRUCTIVAS).

Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI son el estándar internacional que se establece para la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo,

⁴³⁴ Luís Carlos Pelluz Robles. La posición del notario ante los deberes de secreto profesional y denuncia de posibles conductas delictivas. En Jesús Julián Fuente M. *Delitos económicos. La Función notarial y el derecho penal*. Pamplona. Thomson Civitas. 2007, p. 254.

⁴³⁵ Luís Carlos Pelluz Robles. Op. Cit., p. 257.

que deben ser adoptadas por los países que se encuentran en la influencia del FMI y del BM y comprometidos con evitar que los sectores económicos sean usados por las organizaciones delincuenciales para ocultar la procedencia ilegal de recursos. Los mandatos que se dan en las Recomendaciones, tienen contenidos específicos frente a las prácticas financieras, de valores y seguros, las cuales son aplicables *mutatis mutandis* a todas aquellas actividades o profesiones no financieras, que para el caso que nos ocupa, la actividad notarial es el sector en el cual se muestran los contenidos GAFI expresados en la normativa interna.

Se toman temas específicos y propios de la función notarial para identificar el impacto del contenido de las Recomendaciones en el quehacer del notario, para desde allí esbozar una crítica a las implicaciones y el control normativo del GAFI a la naturaleza de la función notarial.

1. El notario como sujeto obligado.

Las obligaciones legales establecidas desde el GAFI, no rigen para la generalidad de los ciudadanos, sino exclusivamente para aquellas entidades o personas que ejerzan determinadas actividades económicas que la Ley considera particularmente necesarias o útiles para el lavado de activos. Consecuentemente, estos “sujetos obligados” quedan sometidos a deberes jurídicos de especial intensidad, asociados, a modo de carga pública, al desarrollo de su actividad profesional o de negocio⁴³⁶.

La principal tarea de los sujetos obligados contra el lavado de activos y financiación del terrorismo es la prevención y detección de las operaciones que tengan fines delictivos; realizada esta tarea, se hace obligatorio el reporte de las operaciones sospechosas, exigencia que se hace por ley, como obligación directa,

⁴³⁶ Juan Manuel Vega Serrano. La prevención del blanqueo de capitales. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La Función notarial y el derecho penal*. Pamplona. Thomson Civitas. 2007, p 180.

con cumplimiento pronto, como lo exigen la Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR y las Recomendaciones 20 y 23 de la revisión de 2012⁴³⁷.

Es así que la Ley 526, art 3, (modificada por art 3 de la 1121) y el Decreto 663 de 1993, art 102 lit. d., señala que las entidades del Estado o privadas, estarán obligadas a suministrar de oficio o a solicitud de la UIAF la información de que dispongan que pueda resultar relevante para la prevención y detección de actividades con fines delictivos. En todo caso se hará reporte de manera inmediata y suficiente de la información relevante.

El Decreto 1957 de 2001, reglamentario de la Ley 526, conforme a la Recomendación número 22⁴³⁸, precisa las obligaciones de los notarios señalando en el artículo 1 que están obligados a reportar a la UIAF la realización de los actos jurídicos autorizados por ellos cuando, según instructivo emitido por la SINR, se consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos. Por ello, en la Instructiva Administrativa 8 de 2007 expedida por la SINR, inciso 6, se indica

⁴³⁷ Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num **20. Reporte de operaciones sospechosas*** Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son producto de una actividad criminal, o están relacionados al financiamiento del terrorismo, a ésta se le debe exigir, por ley, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Y num **23. APNFD: Otras medidas*** Los requisitos plasmados en las Recomendaciones 18 a la 21 (controles internos-países de mayor riesgo-ROS-revelación y confidencialidad) se aplican a todas las actividades y profesiones no financieras designadas, sujeto a los siguientes requisitos: (a) Debe exigirse a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que reporten las operaciones sospechosas cuando, en nombre de un cliente o por un cliente, se involucran en una transacción financiera con relación a las actividades descritas en el párrafo (d) de la Recomendación 22 (abogados, notarios, etc). (...)

⁴³⁸ Cuarenta Recomendaciones del GAFI num **22. APNFD: debida diligencia del cliente*** Los requisitos de debida diligencia del cliente y el mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11, 12, 15 y 17 (ddc-pep-), se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) en las siguientes situaciones: (...) (b) Agentes inmobiliarios – cuando éstos se involucran en transacciones para sus clientes concerniente a la compra y venta de bienes inmobiliarios. (...) (d) Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores – cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades: compra y venta de bienes inmuebles; (...) actuación (o arreglo para que otra persona actúe como) como director o apoderado de una sociedad mercantil, un socio de una sociedad o una posición similar con relación a otras personas jurídicas;

que a partir del 17 de septiembre de 2001 –fecha de expedición del mencionado decreto– los notario deben informar a la UIAF todos los actos correspondientes al otorgamiento de escrituras públicas y demás actos notariales sospechosos de involucrar actividades encaminadas a la ejecución de los delitos de lavado de activos. Es decir, como lo reitera el Decreto 1497 de 2002 –también reglamentario de la Ley 526– deben reportar en forma inmediata y suficiente cualquier información relevante sobre manejo de fondos cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes.

La obligación de reporte es reiterada. La Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR, inc. 4, indica que el contenido se refiere exclusivamente a la prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo, dirigida a notarios en cumplimiento de su función de instrucción y determinación de los criterios técnicos y jurídicos que deben cumplir las Notarías para los reportes internos y a la UIAF, que se establecen en el numeral 7, so pena de la respectiva sanción por parte de la entidad competente en lo disciplinario, administrativo o penal.

2. La eficacia y la eficiencia de la función notarial.

La función notarial como actividad que conlleva el tráfico jurídico de bienes inmuebles, entre otros, es punto obligado en la dinámica comercial, en especial en los sistemas notariales tipo latino. Como tal es una fuente de riesgos de transacciones prohibidas por la ley o contrarias al orden público y las buenas costumbres, que pueden favorecer el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Como la actividad notarial tiene la función de fijar hechos y prever las consecuencias jurídicas –con la finalidad de brindar seguridad jurídica preventiva al tráfico comercial–, la eficacia de su función se vuelve un imperativo legal. El notario hace intervención entre contratantes de derechos ciertos e indiscutibles

que son objeto de transacción, documenta el negocio y testimonia lo ocurrido, dando fe de su regulación legal.

A esa función de seguridad jurídica apela la normativa derivada del GAFI, como un instrumento más para la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, la que trata de reforzar la eficacia y la eficiencia de la tarea del notario, imponiéndole otras funciones notariales.

Para tener eficacia en la prevención de los mencionados delitos, desde el GAFI se estructuran los mecanismos que han de servir para tal propósito: la creación de una unidad de inteligencia financiera⁴³⁹; los sujetos obligados a hacer reportes de operaciones sospechosas⁴⁴⁰; los supervisores con la función de analizar riesgos, prescribir actividades y exigir su cumplimiento⁴⁴¹; reserva de la actividad de reporte⁴⁴²; las señales de alerta como pautas objetivas, etc., en todas las cuales se implica el que hacer notarial.

⁴³⁹ Cuarenta Recomendaciones del GAFI. Nro **29: Unidades de inteligencia financiera*** Los países deben establecer una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro nacional para la recepción y análisis de: (a) reportes de transacciones sospechosas; y (b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, y para la comunicación de los resultados de ese análisis. La UIF debe ser capaz de obtener información adicional de los sujetos obligados, y debe tener acceso oportuno a la información financiera, administrativa y del orden público que requiera para desempeñar sus funciones apropiadamente.

⁴⁴⁰ Cuarenta Recomendaciones del GAFI nro 20. Ver nota 77.

⁴⁴¹ Cuarenta Recomendaciones del GAFI nro **28. Regulación y supervisión de las APNFD*** Las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas deben estar sujetas a medidas de regulación y supervisión de la forma que se define a continuación: (...) (b) Los países deben asegurar que las demás categorías de APNFD estén sujetas a sistemas eficaces para el monitoreo y asegurar el cumplimiento con los requisitos ALA/CFT. Esto debe hacerse de acuerdo al riesgo. Ello puede ser ejecutado por a) un supervisor o por b) un organismo autorregulador (OAR) apropiado, siempre que dicho organismo pueda asegurar que sus miembros cumplan con sus obligaciones para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. El supervisor o el OAR deben también a) tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus asociados tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa, por ejemplo evaluando a las personas con base en un examen de capacidad e idoneidad "*fit and proper*"; y (b) tener sanciones efectivas, adecuadas y disuasivas de acuerdo con la Recomendación 35 para contrarrestar el incumplimiento de los requerimientos de ALA/CFT.

⁴⁴² Cuarenta Recomendaciones del GAFI nro **21. Revelación (tipping-off) y confidencialidad.** Las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben: (a) estar protegidos

El GAFI⁴⁴³ pide a los países establecer la Unidad de Inteligencia Financiera que sirva como centro nacional para la recepción y análisis de transacciones sospechosas y de información relevante al lavado de activos y la financiación del terrorismo, la cual, para Colombia, fue creada por la ley 526 de 1999, como la Unidad de Información y Análisis Financiera (UIAF) con la función de centralizar, sistematizar y analizar la información suministrada por quienes están obligados a reportar.⁴⁴⁴ Función con la cual se deben identificar, evaluar y entender riesgos y se deben tomar medidas, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Es lo que el sistema notarial debe hacer: identificar, evaluar y tomar una acción eficaz en dirección a mitigar los riesgos de lavado de activos⁴⁴⁵.

por la ley frente a la responsabilidad penal y civil por violación de alguna restricción sobre la revelación de información impuesta mediante contrato o mediante alguna disposición legislativa, normativa o administrativa, si éstos reportan sus sospechas de buena fe a la UIF, aun cuando no conocieren precisamente cuál era la actividad criminal subyacente, e independientemente de si la actividad ilegal realmente ocurrió o no; y (b) tener prohibido por ley revelar ("*tipping-off*") el hecho de que se está entregando a la UIF un reporte de operación sospechosa (ROS) o información relacionada.

⁴⁴³ Cuarenta Recomendaciones del GAFI, nro 29. Ver nota 79.

⁴⁴⁴ Ley 526/99, art 3 y 4, mod por Ley 1121/06, art 3 y 5; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, nro 23, lit a. ver nota 77.

⁴⁴⁵ Ley 526/99, art 4, num 1 y 3, (mod Ley 1121/06, art 5) y art 10; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, nro 1. **Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo*** Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar medidas, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones. Los países deben exigir a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Esa autoridad es la Superintendencia de Notariado y Registro (SINR) que en coordinación con la UIAF, tiene la carga de una acción eficaz para mitigar los riesgos de uso delictivo del sistema⁴⁴⁶: para el efecto, ha dictado la Instructiva Administrativa 8 de 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013.

Las autoridades que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control -la SINR- instruirán a sus vigilados sobre las características, periodicidad y controles en relación con la información a recaudar para la UIAF⁴⁴⁷; debe estar sujeta a sistemas eficaces para el monitoreo y asegurar el cumplimiento de los requisitos; tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus asociados tengan o sean el beneficiario final; y sancionar de manera efectiva, adecuada y disuasiva el incumplimiento de los requerimientos contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.⁴⁴⁸ Para estos efectos la UIAF, en Resolución 239 de 2013, remite a la Circular 1536 de 2013 de la SINR para los reportes, entidad que ya había dictado la Instructiva Administrativa 8 de 2007, sobre el control del lavado de activos y financiación del terrorismo.

Para hacer eficaz el reporte no se requiere que la Notaría tenga certeza de que se trata de una actividad delictiva; sólo que considere la operación como sospechosa, es decir, como “aquella que por sus características no se enmarca dentro de los sistemas y prácticas normales de los trámites solemnizados por Escritura Pública y que genera una señal de alerta de lavado de activo o financiación del terrorismo (LA/FT) que debe reportarse”⁴⁴⁹; reporte que para todos los efectos legales no constituye ningún tipo de responsabilidad y del cual se ha de guardar absoluta

⁴⁴⁶ Decreto 1957/01, art 2.

⁴⁴⁷ Ley 526/99, art 10; Decreto 1957/01, art 1; Circular 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR.

⁴⁴⁸ Decreto 1957/01, art 3; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, nro 28, lit b. Ver nota 81.

⁴⁴⁹ Ley 526/99, art 11 inc 1, que modifica Decreto 663/93, art 102, num 2, lit d.; Decreto 1957/01, art 1; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 11.

reserva⁴⁵⁰, y está prohibido bajo sanción, informar el contenido y fecha del reporte de las operaciones sospechosas a la UIAF⁴⁵¹.

En busca de hacer efectivo el control de las operaciones sospechosas que se realizan en las notarías, la Circular Externa 1536 de 2013, en el numeral 1.1, remite al diseño de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI para prevenir el lavado de activos, en las cuales ratifica el sector notarial como vulnerable a este tipo de conductas; por lo que los notarios adquieren singular importancia que los obliga a adoptar las previsiones que sean necesarias para analizar adecuadamente la información de los usuarios y reportar, si fuere el caso. Las recomendaciones GAFI y la circular 1536 se ven sustentadas, además, por el Decreto 663 de 1993, en el artículo 102, numeral 2, donde señala que se deberán adoptar mecanismos y reglas de conducta que deberán observar las instituciones para estar en consonancia con los estándares internacionales en la materia – estándares que para éste caso dicta el GAFI⁴⁵². Por ello, la Superintendencia⁴⁵³ busca que las Notarías implementen mecanismos de control en la detección de operaciones sospechosas y el reporte de operaciones notariales individuales y múltiples, por lo que deberán tomar las medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar la realización de cualquier acto o negocio jurídico sometido a su autorización y que sea instrumento para fines delictivos; pues las señales de alerta son indicativas, en consecuencia son solo una lista orientadora y enunciativa, no completa sobre el tema, ya que el Notario debe determinar otras señales de alerta dentro del contexto de las actividades diarias de su trabajo.

⁴⁵⁰ Ley 190/95, art 42; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1; Cuarenta Recomendaciones de GAFI, R 21, a., Ver nota 82; Instructiva Administrativa de la Superintendencia, considerando 12;

⁴⁵¹ Ley 526/99, art 11, inc 2, 3 y 4; Ley 190/95, art 41, (que remite al art 105 de decreto 663/93, (mod por Ley 1121/06, art 2) Decreto-Ley 663/93, art 107; Decreto 1957/01, art 4; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1; Cuarenta Recomendaciones de GAFI, R 21, b., Ver nota 82.

⁴⁵² Ley 1121/06, art 12, que mod Decreto 663/93, art 102, num 2, lit e.

⁴⁵³ Ley 526/99, art 10; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, considerando 7, 8 y 16.

Así tenemos que para estos efectos, la vigilancia de la Superintendencia tiene por objeto velar porque el servicio notarial se preste oportuna y eficazmente, y conlleva el examen de la conducta de los notarios y el cuidado del cumplido desempeño de sus deberes con honestidad, rectitud e imparcialidad correspondientes a la instrucción impartida y a la naturaleza de su ministerio⁴⁵⁴.

No obstante, el Notario deberá efectuar un análisis ponderado de los actos que autoriza, a fin de establecer particularidades de los mismos que los hacen susceptibles de reporte a la UIAF⁴⁵⁵, en garantía de la eficacia de la lucha contra el lavado de activos.

3. El secreto profesional del notario.

Se entiende como el secreto que el notario debe guardar acerca de lo que se le descubre o comunica en ocasión de su profesión o actividad. Se ha señalado en el capítulo anterior que para el notario no existe la exigencia del secreto profesional, como consecuencia de la naturaleza de la delegación fedataria que el Estado hace en el particular-notario y la función social de la seguridad jurídica preventiva que cumple la autorización notarial.

Además tenemos que, por regla general, cualquier entidad pública puede ser requerida por la UIAF para la entrega de la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones.⁴⁵⁶ En particular, los notarios tienen la obligación de reportar operaciones sospechosas que se desarrollen en la Notaría; es decir, el reporte de la realización de los actos jurídicos autorizados que se consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos, como

⁴⁵⁴ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 1.2; Instrucción Administrativa 8/07 de la SINR, inc 3 y 6.

⁴⁵⁵ Instrucción Administrativa 8/07 de la SINR, inc 19.

⁴⁵⁶ Ley 526/99, art 9, inc 1; Cuarenta Recomendaciones GAFI nro **9. Leyes sobre el secreto de las instituciones financieras**. Los países deben asegurar que las leyes sobre el secreto de la institución financiera no impidan la implementación de las Recomendaciones del GAFI.

mandato para el efectivo cumplimiento de las funciones de inteligencia financiera conforme a la Recomendación 29 del GAFI.⁴⁵⁷ De igual manera se reitera –además de lo anterior– que tiene el deber legal de hacer la respectiva denuncia penal de los actos ilegales que detecte⁴⁵⁸, bajo la amenaza de incurrir en el delito de “Omisión de denuncia” de conformidad con el artículo 441 de la Ley 599 de 2000⁴⁵⁹, modificado por el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006. Estas obligaciones reafirman la ausencia del secreto profesional en las actividades que realiza el notario en ejercicio de las funciones notariales de contenido GAFI.

4. El principio de buena fe.

El artículo 83 de la Constitución Nacional prescribe el principio que gobierna las relaciones del administrado con el Estado, en la que las actuaciones de aquellos y de éste se deberán ceñir a los postulados de la buena fe; pero en todo caso, se presume la buena fe de los particulares en las gestiones que adelantan ante el Estado.

No obstante, el criterio que media entre los particulares y el Estado para efecto de la lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo en toda la normativa de contenido GAFI⁴⁶⁰ y en particular para las actividades propias de la función notarial, es el de “operación sospechosa”, que es suficiente y necesario

⁴⁵⁷ Decreto 1957/01, art 1; Cuarenta Recomendaciones del GAFI nro 23 (Ver nota 77) y 29 (Ver nota 79).

⁴⁵⁸ Ley 906/04, art 67; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 13.

⁴⁵⁹ Ley 599/00, art 441 (mod 1121/06, art 18). Omisión de denuncia de particular. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito, ... secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, ...

⁴⁶⁰ El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) fue creado para superar las dificultades que se presentan en el sistema financiero mundial por el uso que de éste se hace con fines delictivos por las organizaciones de delincuencia transnacional; es por ello que la norma GAFI tiene un contenido destinado, principalmente, a relaciones entre particulares.

para el reporte de esas operaciones, ya que no se requiere que la notaría tenga certeza; sólo que considere que la operación sea sospechosa⁴⁶¹.

Por su parte la SINR⁴⁶² trae dos términos que complementan la definición anterior, con los cuales se le da precisión para los efectos de mayor claridad en la actividad notarial, así:

Operación inusual: Se considera como tal aquella operación que, por su cuantía o características, demuestre racionalmente que se aparta de la actividad económica del usuario, derivada de los antecedentes de quien la realiza y de los criterios sobre riesgos o alertas.

Operación Sospechosa: El Notario podrá considerar como sospechosas aquellas operaciones del cliente y/o usuario que, no obstante mantenerse dentro de los parámetros ordinarios, estime con buen criterio en todo caso como irregulares o extrañas, a tal punto que escapen de lo simplemente inusual.

No obstante, la misma Superintendencia⁴⁶³, trajo posteriormente otra definición de operación sospechosa que precisa la anterior, diciendo que “Es aquella que por sus características no se enmarca dentro de los sistemas y prácticas normales de los trámites solemnizados por Escritura Pública y que genera una señal de alerta de Lavado de Activos /Financiación del Terrorismo⁴⁶⁴, que debe reportarse”.

⁴⁶¹ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 11; Cuarenta Recomendaciones del GAFI nro 20, Ver nota 77.

⁴⁶² Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 9 y 10; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3.

⁴⁶³ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3.

⁴⁶⁴ LA/FT: Lavado de Activos/Financiación del Terrorismo.

El Decreto 1957 de 2001, con el cual se impone a los notarios el deber de reportar a la UIAF la realización de los actos jurídicos autorizados⁴⁶⁵ por ellos que se consideren encaminados a fines delictivos, no definen qué es operación sospechosa; como tampoco lo hace la ley. No obstante, el inc. 1, artículo 11 de la Ley 526 de 1999, trae una relación de acciones o información relevante que da mérito para ser reportada.

La normativa GAFI, en los mandatos de las recomendaciones 20 y 29, desconoce el mandato constitucional de la buena fe, para imponer la eficacia de la lucha contra cualquier actividad asociada al lavado de activos; y, sin consideración crítica alguna, fue tomada por la normativa interna que impone este deber a los notarios.

5. El notario como asesor, consejero y fedatario.

Las Recomendaciones del GAFI tienen el sentido de estructurar una política pública para prevenir y detectar operaciones sospechosas de estar asociadas al lavado de activos⁴⁶⁶. Son diversos los mecanismos utilizados; dentro de ellos está el de instrumentar la función notarial para esos fines y específicamente para este trabajo, instrumentar la Escritura Pública de compraventa de bienes inmuebles⁴⁶⁷.

Es así que la asesoría y consejo que brinda el notario a los comparecientes, está marcada por la necesidad de adoptar mecanismos específicos tendientes a evitar que algunos actos sujetos al trámite notarial sean aprovechados indebidamente por las organizaciones delincuenciales para dar apariencia de legalidad al producto de sus delitos,⁴⁶⁸ por lo que los notarios están obligados a examinar con

⁴⁶⁵ De conformidad con los mandatos de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI en los nros 20 (Ver nota 77) y 29 (Ver nota 79).

⁴⁶⁶ Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1, Ver nota 85.

⁴⁶⁷ Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR.

⁴⁶⁸ Circular Externa 1536/13 de la SINR, inc 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 5.

especial atención cualquier operación, con independencia de su cuantía, que por su naturaleza pueda estar vinculada al lavado de activos o a la financiación del terrorismo; en particular, que pueda conducir razonablemente a sospechar que se usa la Notaría para manejar bienes provenientes de actividades ilícitas⁴⁶⁹.

De lo anterior se desprende que la audiencia notarial, espacio dentro del cual se presta el asesoramiento y consejo y se hace la regulación legal del negocio jurídico, es el espacio para identificar las señales de alerta conforme al instructivo mediante el cual se describen los parámetros y la metodología que deben ser empleados por los notarios para dar cumplimiento a la obligación de reportar los actos jurídicos que se consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos o financiación del terrorismo⁴⁷⁰. Esas señales de alerta son enunciativas, ya que el notario debe determinar otras dentro del contexto de su labor, con conocimiento del cliente y con evaluación y aplicación de enfoque basado en riesgos, como se indica en las Recomendaciones número 1, 22 y 10 del GAFI⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Ley 526/99, art 11, inc 1; Ley 1121/06 art 1 (que mod lit d, num 2, art 102, Dec-Ley 663/93); Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 8.

⁴⁷⁰ Decreto 1957/01, art 1 y 2; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR.

⁴⁷¹ Instructiva Administrativa 8/07, SINR, inc 16; Cuarenta Recomendaciones del GAFI nums 1 (Ver nota 85), 22 (Ver nota 78) y 10. **Debida diligencia del cliente*** Debe prohibirse a las instituciones financieras que mantengan cuentas anónimas o cuentas con nombres obviamente ficticios. Debe exigirse a las instituciones financieras que emprendan medidas de Debida Diligencia del Cliente (DDC) cuando: (i) establecen relaciones comerciales; (ii) realizan transacciones ocasionales: (i) por encima del umbral aplicable designado (USD/EUR 15,000); o (ii) están ante transferencias electrónicas en las circunstancias que aborda la Nota Interpretativa de la Recomendación 16; (iii) existe una sospecha de lavado de activos o financiamiento del terrorismo; o (iv) la institución financiera tiene dudas sobre la veracidad o idoneidad de los datos de identificación sobre el cliente obtenidos previamente. El principio de que las instituciones financieras deben llevar a cabo la DDC debe plasmarse en ley. Cada país puede determinar cómo impone obligaciones específicas de DDC, ya sea mediante ley o medios coercitivos. Las medidas de DDC a tomar son las siguientes: (a) Identificar al cliente y verificar la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes. (b) Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y de control del cliente. (c) Entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial. (d) Realizar una debida diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones

De tal manera que la función fedataria, concretada en la rúbrica del notario autorizando la Escritura Pública, eleva la obligación de reportar inmediatamente a la UIAF⁴⁷² los actos jurídicos con fines delictivos, conforme con las señales de alerta establecidas en la Circular Externa 1536 de 2013 y la Instructiva Administrativa 8 de 2007, ambas de la SINR, como también en la “Guía para la prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector notariado”, expedida por la UIAF, o las señales que establezca el Notario en el SIPLAFT.

Como se observa, la autorización notarial, como concreción de la función fedante y punto final de la asesoría y consejo del Notario, que introduce la Escritura Pública en el circuito jurídico con fuerza de verdad, frente a las normas de contenido GAFI lo que hace es dar tránsito a indagaciones penales con consecuencias legales frente a la validez del negocio y la configuración del delito asociados al lavado de activos⁴⁷³.

llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transacciones que se realicen sean consistentes con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y el perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la fuente de los fondos. Debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen cada una de las medidas de DDC bajo los párrafos (a) al (d) anteriores, pero deben determinar el alcance de tales medidas utilizando un enfoque basado en riesgo (EBR) de conformidad con las Notas Interpretativas de esta Recomendación y la Recomendación 1. Debe exigirse a las instituciones financieras que verifiquen la identidad del cliente y del beneficiario final antes o durante el curso del establecimiento de una relación comercial o al realizar transacciones para clientes ocasionales. Los países pueden permitir a las instituciones financieras que completen la verificación tan pronto como sea razonablemente práctico luego del establecimiento de la relación, cuando los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo se manejen con eficacia y cuando resulte esencial para no interrumpir el curso normal de la actividad. Si la institución financiera no pudiera cumplir con los requisitos aplicables en los párrafos (a) al (d) anteriores (sujeto a la modificación acorde al alcance de las medidas partiendo de un enfoque basado en riesgo), se le debe exigir a ésta que no abra la cuenta, comience relaciones comerciales o realice la transacción; o se le debe exigir que termine la relación comercial; y debe considerar hacer un reporte de transacciones sospechosas sobre el cliente. Estos requisitos se deben aplicar a todos los clientes nuevos, aunque las instituciones financieras deben aplicar también esta Recomendación a los clientes existentes atendiendo a la importancia relativa y al riesgo, y deben llevar a cabo una debida diligencia sobre dichas relaciones existentes en los momentos apropiados.

⁴⁷² Decreto 1957/01, art 1, inc 2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 20, Ver nota 77.

⁴⁷³ Circular Externa 1536/13 de la SINR, inc 3.

6. La función de control de legalidad.

El marco legal de la gestión pública y privada de lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo es explícito en las actividades de los sectores financiero, bursátil y asegurador, donde comienza esta lucha; pero *mutatis mutandis*, aplicable a otros sectores económicos. Así se entiende aplicable esta legislación a la función notarial.

Aquí no se habla del control legal que va ligado al ejercicio de funciones públicas y, aún más, cuando aquel hace parte de la naturaleza de la función notarial como garantía de la seguridad jurídica preventiva que se acredita con el instrumento notarial. Este es un primer momento de la actividad notarial que culmina con la autorización.

Se habla del momento en que surge la obligación de reportar, como consecuencia de la lucha contra las actividades asociadas al lavado de activos. Es el momento de la autorización cuando el Notario empieza sus consideraciones (subjetivas) para advertir lo inusual o sospechoso del negocio autorizado que amerite reporte con base en las normas legales y reglamentarias de contenido GAFI. Esto hace alusión a ese control de contenido GAFI.

Toda la gestión contra el lavado de activos produce información que ha de reportarse de forma inmediata y suficiente a la UIAF, para el cumplimiento del objetivo de prevenir y detectar las operaciones sospechosas, por mandato del artículo 3 (modificada por el art 4 de la Ley 1121 de 2006) y 11 de la Ley 526 de 1999; por lo tanto, conforme al Decreto 1957 de 2001, los notarios están obligados a reportar los actos que, según instructivo de la SINR expedido en coordinación con la UIAF, se consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos.

Con base en lo anterior, la UIAF expide la “Guía para la Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del terrorismo en el sector Notarial”⁴⁷⁴ (Guía GAFI), la SINR expide la Circular Externa 1536 de 2013, ya había expedido la Instructiva Administrativa 8 de 2007, con las cuales se describen los parámetros y la metodología, se establecen políticas y herramientas que deben ser empleados por los notarios para dar cumplimiento a la obligación de reportar, con el apoyo de instrumentos que ayuden a identificar, evaluar y tomar acciones eficaces para mitigar riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo como mandato GAFI en la Recomendaciones 1 y 28⁴⁷⁵.

La UIAF tiene asignada la función de intervenir todos los sectores económicos con la finalidad de detectar prácticas asociadas al lavado de activos y la financiación del terrorismo; delitos que se han constituido en un riesgo y amenaza de múltiples actividades de origen lícito; conductas delictivas que han cobrado especial importancia dentro del contexto económico y político mundial debido al profundo impacto en la estructura económica y social, distorsionando la economía y comprometiendo la seguridad nacional, razón que impone a todos los organismos del Estado competentes, la necesidad de crear políticas y procedimientos armónicos y coordinados de prevención y detección de éstos ilícitos⁴⁷⁶.

Así se advierte que la actividad notarial puede ser utilizada para la movilización y lavado de activos producto de actividades ilícitas, por lo que es necesario adoptar mecanismos específicos tendientes a evitar que algunos actos sujetos al trámite notarial, sean aprovechados indebidamente por las organizaciones delincuenciales para dar apariencia de legalidad al producto de los delitos; siendo en todo caso

⁴⁷⁴ En el 2007 la UIAF expidió la Resolución 033, luego derogada por la Resolución 239 de 2013 la que a su vez remite a la Circular Externa 1536/13 de la SINR.

⁴⁷⁵ Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1 inc final y 28 lit b. e inc final.

⁴⁷⁶ Ley 526/99, art 1 inc 1, art 3 inc 1, art 9 inc 1, art 10; Decreto 1957/01 art 1; Circular Externa 1536/13 de la SINR inc 3; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num2.

responsabilidad del Notario, aunque la atención y trámite del acto o negocio jurídico se haya efectuado por los empleados⁴⁷⁷.

En instructiva administrativa y circular, la SINR señala el deber de reportar las actividades sospechosas advertidas en desarrollo de las funciones ejercidas por los notarios: todos los actos correspondientes al otorgamiento de escrituras públicas. En consecuencia, los notarios deberán tomar las medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que la realización de cualquier acto o negocio jurídico sometido a su autorización sea instrumento para la adquisición, inversión de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas y reportarlo como sospechosa⁴⁷⁸.

Esos mismos actos, según el régimen disciplinario de la Ley 734 de 2002 –Código Único Disciplinario– advierte que es falta gravísima “Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función”⁴⁷⁹, haciendo clara referencia a la obligatoriedad de atender la normativa de la UIAF como titular de la función de prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y de la SINR, titular de la función de control, inspección y vigilancia⁴⁸⁰ del notariado: ambos organismos establecidos para la lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo en la actividad notarial.

⁴⁷⁷ Decreto 1957/01, art 1 y 2; Circular Externa 1536/13 de la SINR, inc 3; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 22, 23 y 28.

⁴⁷⁸ Decreto 1957/01, art 1 y 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6 y 8; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1, 2, 22, 23 y 28.

⁴⁷⁹ Ley 734/02, art 55, num 3; Decreto-Ley 960/70, art 198 y 199; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 1.2; la Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 4; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 22, 23 y 28.

⁴⁸⁰ Ley 526/99 (mod por Ley 1121/06), Decretos 1957/01 y 1497/02; Decreto-Ley 663/93; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 22, 23 y 28.

Para el cumplimiento de ese control, que de manera específica se impone a los notarios, se han establecido “Señales de Alerta”⁴⁸¹ de operaciones notariales susceptible de estar particularmente vinculadas con el lavado de activos; razón por la cual se establecen algunos actos o negocios jurídicos que demandan especial atención y supervisión por parte del notario; señales de alerta a las que hace expresa remisión la SINR en la referidas Instructiva y Circular Externa⁴⁸² para facilitar la detección de operaciones sospechosas por el notario, particularmente en *compraventa del sector inmobiliario e inversiones en propiedad raíz*. Así se señalan las siguientes⁴⁸³:

Las principales señales de alerta detectadas en este sector son:

- Operaciones de los usuarios que no guardan correspondencia con la actividad económica reportada al Notario.
- Compraventas sucesivas en corto tiempo de un mismo bien inmueble.
- Indicios de que el comprador no será el dueño material del inmueble (testaferrato).
- Adquisiciones masivas de bienes sin justificación aparente en la misma notaría.
- Compra de bienes a favor de menores de edad por personas que no poseen un vínculo cercano a este.
- Reiterada compraventa de bienes inmuebles por parte de una misma persona en corto tiempo.

⁴⁸¹ Son circunstancias particulares relacionadas con el proceso de los actos escriturarios advertidas al interior de la Notaría y que pueden ameritar un reporte ante la UIAF. Para ésta señales remite la Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 2 a la Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado.

⁴⁸² Ley 526/99, art 3; Decreto 1957/01, art 1 y 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 15; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 20, 22 ,23 y 28.

⁴⁸³ Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 3.

- Compra de bienes de alto valor por parte de entidades con escaso capital o sin aparente capacidad económica.
- Compradores de lejana procedencia dentro del territorio nacional que se desplazan solo para efectuar esa operación notarial.
- Compra de bienes por valores muy altos o muy bajos en comparación con el mercado.
- Realizar trámites de compraventa sin haber registrado actos notariales en la oficina de instrumentos públicos respectiva.
- Indicios de que en la operación notarial no se actúa por cuenta propia y que se intenta ocultar la identidad de los verdaderos interesados.
- No reportar o negarse a suministrar la información que solicite la notaría o que esta sea aparentemente falsa.
- Personas naturales que realizan operaciones sustanciales en efectivo en nombre de clientes o fideicomisos.
- Transacciones en las que intervienen personas jurídicas de reciente creación, cuando la cantidad de la operación es mucho mayor al compararla con su capital social.
- Transacciones que se inician con el nombre de un individuo y son finalizadas con el nombre de otro sin una explicación lógica para el cambio de nombre.
- Transacciones en que las partes no muestran particular interés en las características del bien.
- Operaciones en las que se muestra interés considerable en operaciones relativas a inmuebles en zonas concretas, sin preocuparse por el precio que tienen que pagar.
- Transacciones en las que alguno de los pagos se hace por parte de un tercero, distinto de las partes implicadas.
- Transmisiones sucesivas del mismo bien en cortos periodos con diferencias en el precio registrado.

Carrusel de especulaciones inmobiliarias.

- Transferencias sucesivas del mismo bien en cortos períodos con diferencias en el precio registrado.

Unido a lo anterior, la instructiva de la SINR señala como sujetos del control a las Operaciones Insulares y las Operaciones Sospechosas, ya definidas.

Como conclusión se puede referir que el control legal establecido por las normas de contenido GAFI está en la estricta aplicación del régimen normativo establecido contra el lavado de activos y financiación del terrorismo, dirigido a encontrar la operación sospechosa o inusual y detectar la finalidad delictiva, para lo cual se aplican los mecanismo de control y señales establecidos por la UIAF y la SINR dentro del marco del ejercicio de la función notarial.

7. La función notarial no es una garantía.

La función notarial como garantía del tráfico jurídico de bienes de propiedad raíz queda en entredicho en las normas de contenido GAFI, al imponerse la aplicación de las Recomendaciones en el contenido de las normas internas, de lo que no es la excepción la actividad notarial⁴⁸⁴.

Conforme a la Ley 526 de 1999, artículo 1, el Estado puede intervenir con el fin de detectar prácticas asociadas al lavado de activos y hacer de los sectores económicos intervenidos fuente de información sobre operaciones sospechosas que, en cumplimiento de su objetivo, la UIAF deberá comunicar lo pertinente a la Fiscalía General de la Nación y, en todo caso, a las autoridades legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio, dentro del marco de la lucha integral

⁴⁸⁴ Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 18, 22, 23, 28, 29 y 34.

contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo⁴⁸⁵. Para el reporte de la información, la Notaría no requiere certeza de que se trata de una actividad delictiva o de que los recursos sean ilegales; le basta con que la operación pueda tenerse como sospechosa⁴⁸⁶.

Para lo anterior, la SINR y la UIAF han establecido las “señales de alerta” como indicativas o enunciativas, por lo que los actos o negocios jurídicos que se ubican en ese rango de alerta demandan especial atención y supervisión por parte del notario y en forma general, otros de los que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones al implementar los “mecanismos de control”⁴⁸⁷. En todo caso, los notarios deberán tomar las medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que la realización de cualquier acto o negocio jurídico sometido a su autorización sea instrumento para ocultar el producto de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las transacciones y fondos vinculados con las mismas⁴⁸⁸; debe entonces el notario determinar otras señales de alerta dentro del contexto de las actividades diarias de su trabajo, para hacer efectivo el reporte⁴⁸⁹. Para ello, la SINR ha definido y determinado el Sistema Integral de Prevención y Control del riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SIPLAFT) en la Circular Externa 1536 de 2013, sistema que deben implementar las Notarías, con el que deberán adoptar políticas, procedimientos, mecanismos e instrumentos que contemplen las actividades que realizan a través

⁴⁸⁵ Ley 526/99, art 3 inc 2, art 4 num 4, 8 y 9 (mod Ley 1121/06, art 5) y art 9 inc 4 (mod por Ley 1621/13, art 34); Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 1; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 1.2.

⁴⁸⁶ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1.; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 11; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 20.

⁴⁸⁷ Decreto 1957/01, art 1 y 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6, 7, 16 y 17; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 3; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 20 y 23.

⁴⁸⁸ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 7 y 8; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 3.

⁴⁸⁹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 16; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 28 y 34.

de Escrituras Públicas. Esto debe traducirse en reglas de conductas que orienten la actuación de la Notaría y sus empleados⁴⁹⁰.

Esa información a recaudar y luego reportar es para la que son instruidos los notarios por la SINR, de acuerdo con los criterios e indicaciones que reciben de la UIAF⁴⁹¹. Así, los notarios están obligados a reportar o informar los actos jurídicos autorizados por ellos que consideren encaminados a la ejecución del delito de lavado de activos o la financiación del terrorismo⁴⁹².

Además, el artículo 20 de la Ley 1121 de 2006, trae una nueva obligación para las autoridades competentes: la de monitorear las bases de datos con el fin de determinar la posible presencia o tránsito de personas incluidas en las listas internacionales vinculantes para Colombia y bienes o fondos relacionados con organizaciones terroristas; después de consultadas deberán realizar las verificaciones pertinentes e informar a la Fiscalía General de la Nación. Esas listas son las del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas vinculantes para Colombia. Adicionalmente, pueden ser consultadas por Internet u otros medios técnicos las listas OFAC, INTERPOL, Policía Nacional, entre otras. En todo caso, si el usuario aparece allí mencionado, el Notario no podrá rehusar la prestación del servicio, pero queda obligado a reportar el acto notarial a la UIAF, como operación sospechosa⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 4.

⁴⁹¹ Ley 526/99, art 10; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23, 28 y 34.

⁴⁹² Decreto 1957/01, art 1 y 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 6; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 23 y 28.

⁴⁹³ Circular Externa 1536/13 de SINR, num 4.3.1.2 y num 3: **Listas nacionales e internacionales:** Relación de personas que de acuerdo con el organismo que las publica, pueden estar vinculadas con actividades de lavado de activos o financiación del terrorismo, como lo son las listas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que son vinculantes para Colombia. Adicionalmente, pueden ser consultadas por Internet u otros medios técnicos las listas OFAC, INTERPOL, Policía Nacional, entre otras. En todo caso, si el usuario aparece allí mencionado, el Notario no podrá rehusar la prestación del servicio, quedando obligado a reportar el acto notarial a la UIAF, como operación sospechosa (ROS).

Por último, toda actividad de información e inteligencia, está protegida por el secreto y habilitada por la ley para entregar los datos requeridos por la inteligencia financiera. Así se impone la obligación de no dar a conocer las personas que hayan efectuado operaciones sospechosas reportadas a la UIAF⁴⁹⁴.

Cumplida así la función notarial, conforme al Instructivo y Circular de la SINR y la Guía de la UIAF, deja de ser una garantía para la compraventa de bienes inmobiliarios –como seguridad jurídica preventiva– al propiciarse actuaciones posteriores a la actuación fedataria, que atentan contra los actos jurídicos fijados por el notario al autorizar la escritura pública, y ésta dejaría de ser la verdad oficial que se impone como cierta.

8. La responsabilidad del Notario.

La responsabilidad de los notarios está definida por su condición de particular que desempeña funciones públicas y se adquiere con el ejercicio de asesoramiento y consejo a los comparecientes y la autorización de la escritura; siendo ésta la actuación que introduce el documento al tráfico jurídico. En este espacio el notario tiene la obligación de activar los mecanismos de control establecidos por él⁴⁹⁵ o por la normativa tipo GAFI⁴⁹⁶ que identifiquen señales de alerta⁴⁹⁷ o indiquen el desarrollo de operaciones sospechosas. Después de la detección de esas operaciones, surge la obligación de reporte inmediato y suficiente a la UIAF;

⁴⁹⁴ Ley 526/99, art 11 inc último; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 21.

⁴⁹⁵ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 7, 8; Circular Externa 1536/13 de la SINR.

⁴⁹⁶ Decreto-ley 663/93, art 102 num 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 7, 8, y 17; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 20, 22, 23, 28 y 34.

⁴⁹⁷ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 15, 16 y 17; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 3.

obligación que se extiende hasta después de haber sido autorizada la Escritura Pública por mandato del artículo 1 del Decreto 1957 de 2001⁴⁹⁸.

Esta obligación surge de los mandatos del organismo regulador de la función notarial –SINR– y del titular de la lucha contra las actividades asociadas al lavado de activos –UIAF–, que tienen la facultad de proceduralizar el desarrollo de la actividad notarial para prevenir el uso de las Notarías con fines delictivos. Ellos dictaron la Instructiva Administrativa 8 de 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013, la primera, y la segunda la “Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo en el sector Notariado”, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 1957 de 2001, instrumentos en los que se establecen parámetros y metodologías que deben ser empleados por los notarios en el cumplimiento del reporte de las operaciones sospechosas en especial, y las operaciones notariales en general. La desatención de estos mandatos es falta gravísima, con sanción hasta de destitución, conforme a los artículos 55 y 63 de la Ley 734 de 2002⁴⁹⁹.

El incumplimiento en la adopción o no aplicación de los mecanismos de control o del reporte, conforme a lo indicado, da lugar a la imposición de sanciones administrativas y disciplinarias⁵⁰⁰. A ésta imposición de sanciones se llega por la acción u omisión que las autoridades puedan establecer frente a las nuevas obligaciones que se imponen en desarrollo de las funciones ejercidas por los notarios.

Para todos los efectos jurídicos vinculantes derivados de las instrucciones de la SINR y la UIAF, no constituye eximente de responsabilidad el hecho que la

⁴⁹⁸ Decreto 1957/01, art 1; Circular Externa 1536/13, num 7; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6.

⁴⁹⁹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 4; Circular Externa 1536/13, de la SINR, num 1.2.

⁵⁰⁰ Decreto-ley 663/93, art 107; Decreto 1497/02, art 4; Circular Externa 1536/13, de la SINR, num 10.2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 35.

atención y trámite del acto o negocio jurídico haya sido efectuado por los empleados de la Notaría⁵⁰¹.

Caracterizada la función notarial como queda en el capítulo anterior, se advierte que estas nuevas obligaciones notariales no quedan dentro del giro ordinario de la delegación de funciones fedatarias que hace el Estado a los notarios; no por ello dejan de ser una función pública con la que se establece el deber legal de actuar para evitar la utilización de la notaría en actividades con fines delictivos.

Conforme con lo expresado, tenemos una nueva responsabilidad para el notario que se define en la normativa tipo GAFI, la cual se estatuye con la obligación de ser barrera de contención de los riesgos de operaciones sospechosas con fines de lavado de activo y financiación del terrorismo, que va más allá del ejercicio de dación de fe⁵⁰².

Por último, se advierte por toda la normativa GAFI, que las personas naturales o jurídicas obligadas a cumplir con los deberes de reportar a la UIAF no serán sujetos de ningún tipo de responsabilidad por virtud de la información suministrada⁵⁰³.

9. La función de control, inspección y vigilancia.

La ley de creación de la UIAF, en la cual se establece el régimen legal de su funcionamiento y en especial las competencias y facultades de intervención del Estado, prescribe que las autoridades que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control, instruirán a sus vigilados sobre las características, periodicidad

⁵⁰¹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 20; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 35.

⁵⁰² Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1.

⁵⁰³ Decreto 1497/02, art 5; Ley 190/93, art 42; Instructiva Administrativa 8/07, inc 12, de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 21.

y controles en relación con la información a recaudar, de acuerdo con los criterios e indicaciones que reciban de esa unidad sobre el particular: la UIAF expidió la “Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado” (Guía de la UIAF), y la SINR, como órgano de regulación de la función notarial⁵⁰⁴, la Instructiva Administrativa 8 de 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013.

La UIAF ofrece una síntesis de las políticas y acciones encaminadas a prevenir, detectar y penalizar a quienes se involucren en actividades relacionadas con el lavado de activos y la financiación del terrorismo mediante operaciones notariales, de una parte. Y de la otra, la SINR en la función de velar por el cumplimiento de las normas que rigen la adecuada y eficaz prestación del servicio público notarial y en cumplimiento de su función y determinación de los criterios técnicos y jurídicos que deben cumplir las Notarías, tiene la necesidad de crear políticas y procedimiento armónicos y coordinados.

A su vez, el Decreto-Ley 960 de 1970 (Estatuto del Notariado) en los artículos 209 y 210, establece que la vigilancia notarial será ejercida por el Ministerio de Justicia por medio de la SINR, con el objeto de velar porque el servicio notarial se preste oportuna y eficazmente, y conlleva el examen de la conducta de los notarios y el cuidado del cumplido desempeño de sus deberes con la honestidad, rectitud e imparcialidad correspondientes a la naturaleza de su ministerio⁵⁰⁵; además, tiene la función de investigar y sancionar⁵⁰⁶.

Conforme al régimen disciplinario al que están sometidos los notarios en ejercicio de la función notarial y en particular en relación con la lucha contra el lavado de

⁵⁰⁴ Decreto 2163/11, art 3 y 12 num 2 y 3.

⁵⁰⁵ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 3 y 4; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 1.2.

⁵⁰⁶ Ley 734/02, art 55, num 3, 58, 59, 62, num 3, 63; Decreto-Ley 960/70, art 199; Decreto 2163/11, art 12, num 8; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 3 y 4; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 1.2.; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 35.

activos y financiación del terrorismo, se entienden destinatarios y por lo tanto obligados al cumplimiento de la Guía de la UIAF como de la Instrucción Administrativa 8 de 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013, ambas de la SINR, so pena de la respectiva sanción por parte de la entidad competente⁵⁰⁷.

Por lo tanto, en esa función de regulación de la función notarial que hace la SINR, debe buscar que las Notarías implementen mecanismos de control para la detección de operaciones sospechosas y el reporte de operaciones notariales; entonces, deben tomar las medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que la realización de cualquier acto o negocio jurídico sometido a su autorización sea instrumento del delito.⁵⁰⁸ Así, además de la instructiva, expide la Circular Externa 1536 de 2013, en la que establece como objetivo proporcionar un marco normativo para que diseñen e implementen en sus notarías el “Sistema Integral de Prevención y Control de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo” (SIPLAFT), en lo que deben remitirse al documento denominado “*Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo en el sector Notarial*”, que es parte que integra la Circular.

De una manera más técnica, la referida circular define las obligaciones del Notario en prevención y control del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, en la que hay definición de términos y conceptos que entran a precisar el quehacer notarial, para procedimentalizar la implementación del SIPLAFT. En éste se deben adoptar políticas, procedimientos, mecanismos e instrumentos que contemplen las actividades que se realizan a través de Escrituras Públicas, en desarrollo de la función notarial, lo cual se debe traducir en reglas de conductas que orienten la actuación de la Notaría y sus empleados.

⁵⁰⁷ Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instrucción Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 3 y 4; Decreto 1957/01, art 3; Decreto-Ley 960/70, art 209 y 210; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 23, 28, 34 y 35.

⁵⁰⁸ Instrucción Administrativa 8/07 de la SINR, inc 7 y 8; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 4, 5, 6, 7, y 8; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 10, 23, 28, 34 y 35.

La circular referida ha definido, como instrumento de prevención y control, la implementación del SIPLAFT en etapas, políticas y procedimientos.⁵⁰⁹ Tenemos que las etapas son la prevención y el control; las políticas están integradas por el diseño de políticas, aprobación de políticas, constancia de aprobación de políticas y comunicación de políticas; los procedimientos en diseño y aprobación de procedimientos.

La implementación del SIPLAFT debe contar con un Órgano de Control, que puede ser el mismo Notario o el coordinador del SIPLAFT⁵¹⁰. De igual manera, se debe disponer de la infraestructura tecnológica necesaria para garantizar la adecuada prevención y control del riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo, al contar con soporte tecnológico acorde con sus actividades y que cumpla como mínimo la generación de los reportes internos y externos a la UIAF⁵¹¹. Por ello, la Notaría debe brindar capacitación.⁵¹² En garantía de todo esto, la Notaria debe mantener a disposición de la SINR los documentos soporte del cumplimiento de estas instrucciones, y los pertinentes al control del riesgo⁵¹³.

Todo lo que conlleva la implementación del SIPLAFT, ya se contaba en el ejercicio de la labor notarial, al estar establecido de manera similar en la Instructiva Administrativa 8 de 2007 en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 como Mecanismos de Control; instructiva que se ha de aplicar de manera consecuente con la Circular de 2013⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 17, num 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, de la UIAF; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 4; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1, 18, 22 y 23.

⁵¹⁰ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 5.

⁵¹¹ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 6.

⁵¹² Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 8.

⁵¹³ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 9.

⁵¹⁴ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, num 1 al 7.

Complementando las obligaciones de los notarios, conforme a la Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR, numeral 10.2, se hace imperativo el cumplimiento de lo establecido en la Instructiva y la Circular –esta última integra a su contenido la Guía de la UIAF– las cuales rigen de manera autónoma conforme a las facultades según la Ley 526 de 1999 y la modificación de la Ley 1121 de 2006; su incumplimiento se sanciona como lo indica el régimen disciplinario para los notarios.

Y así, para reafirmar la obligatoriedad de estos reportes, la misma Circular y el Decreto 1957 de 2001, artículo 1, señalan que se responde administrativa y disciplinariamente ante los órganos competentes, sin perjuicio de las acciones que por acción u omisión puedan establecer las autoridades.

El régimen de inspección, control y vigilancia de la SINR ha sido ampliado con el marco normativo establecido en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, procurando que los notarios en desarrollo de la función notarial, cumplan las obligaciones establecidas en el Decreto 1957 de 2001, la Instructiva Administrativa 8 de 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR. Es un control específico sobre un cúmulo de actividades que en principio no son propias de la naturaleza de la función notarial, toda vez que están ampliadas a espacios fuera de la fe pública.

10. La seguridad jurídica preventiva.

La seguridad jurídica preventiva es de la esencia de la función notarial. La legitimidad que la sociedad le reconoce al Notario está en prevenir conflictos fijando hechos que se configuran en el acto o negocio jurídico de quienes fungen como otorgantes en el documento notarial.

La seguridad jurídica preventiva, como garantía de prevención de litigios, es desconocida en la normativa GAFI.

Las funciones de intervención del Estado con la UIAF tienen como fin detectar prácticas asociadas con el lavado de activos⁵¹⁵; finalidad que se aboca con el ejercicio de las funciones notariales que impone la normativa GAFI. Así, la UIAF tiene como objetivo la prevención y detección de operaciones sospechosas asociadas al lavado de activos, para lo que utiliza la estructura del servicio notarial y su órgano de orientación, inspección, vigilancia y control en el recaudo de información relevante, con el fin de ser comunicada a la Fiscalía General de la Nación por medio de las unidades que tienen expresas facultades de investigar el lavado de activos y sus delitos fuentes, la financiación del terrorismo y/o legitimadas para ejercitar la acción de la extinción de dominio⁵¹⁶.

Así, el notario deberá colocar en forma inmediata a disposición de la UIAF la información atinente al conocimiento de un determinado cliente, transacción u operación cuando ésta le sea solicitada⁵¹⁷. De todas maneras, los notarios tienen que reportar de forma inmediata⁵¹⁸ y suficiente, cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para

⁵¹⁵ Ley 526/99, art 1; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1.

⁵¹⁶ Ley 526/99, art 3 inc 2, art 4 num 4 (mod art 5 Ley 1121/06), art 5 num 9 (mod art 5 ley 1121/06), art 9 num 4 (mod Ley 1621/13, art 34); Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 23, 28 y 34.

⁵¹⁷ Ley 526/99, art 9 inc 2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 29.

⁵¹⁸ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1. ... los sujetos obligados deberán entender por reporte de manera inmediata, el lapso que transcurre entre el momento en que el sujeto obligado consideró, con fundamento en las señales de alerta y la documentación allegada mediante la Escritura Pública, que el trámite puede tenerse como sospechoso, plazo que en ningún caso puede exceder de ocho (8) días calendario. Si en cualquier momento se conoce de una operación sospechosa ella se reportará con la inmediatez precitada.

transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, con independencia del bien o activo involucrado⁵¹⁹. Todo ello, a pesar de haber autorizado el documento notarial⁵²⁰.

Con la ilustración de que las funciones notariales son ejercidas por el Notario en representación del Estado, se da buena fe de la transparencia de las transacciones jurídicas que ante ellos se celebran; función que ejercen de manera personal, autónoma, exclusiva y neutral. El Notario debe tener en cuenta todas las normas jurídicas vigentes en el entorno dentro del cual esté enmarcada la operación sobre la cual está dando fe. Este escenario hace que el Notario adquiera singular importancia, lo que los obliga a adoptar las previsiones que sean necesarias para analizar adecuadamente la información de los usuarios y reportar, si fuere el caso, operaciones sospechosas⁵²¹. Esa información es la que legalmente se deba exigir, además de verificar las listas vinculantes para Colombia; y los soportes que llevan las operaciones reportadas son aquellos allegados a la Escritura Pública por los usuarios⁵²². Esto hace necesario adoptar medidas de control apropiadas y suficientes para evitar que los actos autorizados sean instrumento de lavado de activos y financiación del terrorismo⁵²³. Por ello, bajo el amparo del principio de presunción de buena fe, los notarios y dependientes, deben hacer indagaciones y demás procedimientos respecto de las actividades y fuentes de financiación de los usuarios del servicio notarial, para elaborar los informes que deben presentar a la UIAF y a la SINR.⁵²⁴

⁵¹⁹ Ley 256/99, art 11 inc 1 (mod Ley 1121/06, art 1); Dec 1497/02, art 3; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 5 y 8; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 1.2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 10, 23, 28 y 34.

⁵²⁰ Decreto 1957/01, art 1.

⁵²¹ Introducción de la Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF.

⁵²² Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 4.3.1.2 y 7.2.1.

⁵²³ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 8; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 10.

⁵²⁴ Introducción de la Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF.

Vemos que el notario, como sujeto obligado, deberá examinar con especial atención cualquier operación, con independencia de su cuantía, que por su naturaleza pueda estar particularmente vinculada al lavado de activos o la financiación del terrorismo, en particular, toda operación compleja, inusual o que no tenga un propósito económico o lícito aparente, teniendo presente las señales de alerta establecidas o que pueda establecer⁵²⁵. Igualmente, deberá establecer el SIPLAFT y el Manual de Políticas de la misma Notaría, dentro de los cuales se podrán adoptar los Mecanismos de Control que coadyuvan a la eficaz y oportuna detección de estas operaciones sospechosas, como son el conocimiento del cliente y/o usuario, actos notariales, capacitación, manual de procedimientos, desarrollo tecnológico, reportes y conservación de documentos, definidos por la SINR⁵²⁶.

Entonces, el notario está obligado a reportar los actos jurídicos autorizados y sospechosos, conforme a la Instructiva y la Circular de la SINR y la Guía de la UIAF⁵²⁷; para ello no requiere que la Notaría tenga certeza de que se trata de una actividad delictiva o que los recursos involucrados en la operación notarial provienen de esas actividades; sólo se requiere que la notaría considere que la operación es sospechosa conforme al sistema de prevención implementado⁵²⁸. Entonces, es determinante que los notarios tomen medidas de prevención para evitar que la realización de cualquier acto o negocio jurídico sometido a su autorización sea instrumento con finalidad delictiva⁵²⁹.

Comprendida la actividad de los notarios dentro del contexto de la lucha contra el lavado de activos y los delitos asociados a éste, en donde están obligados a

⁵²⁵ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 15 y 16; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23, 28 y 34.

⁵²⁶ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 17; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 4 y ss; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23, 28 y 34.

⁵²⁷ Decreto 1957/01, art 1 y 2.

⁵²⁸ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6, 7 y 11; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23, 29 y 34.

⁵²⁹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 8.

reportar conductas aún no contentivas de ilegalidad, solo bajo el criterio subjetivo de que “racionalmente se aparta de la actividad económica del usuario, derivada de los antecedentes de quien la realiza y de los criterios sobre riesgos o alertas”⁵³⁰ o de las indagaciones hechas en las que “estime con buen criterio en todo caso como irregulares o extrañas, a tal punto que escapen de lo simplemente inusual”⁵³¹, falsean los cimientos de la seguridad jurídica preventiva, como se señaló en los términos del derecho notarial tipo latino, al mirar las consecuencias que sufren los otorgantes al estar en entredicho el negocio jurídico ya fijado y autorizado por el Notario.

11. La autorización notarial.

La autorización es el acto fedatario que asienta el Notario con su rúbrica, en el que el negocio jurídico –para este trabajo, la Escritura Pública de compraventa de bienes inmuebles– documentado y sometido a su regulación legal, y donde se fijan los hechos convenidos por los comparecientes, queda certificado de estar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Según el artículo 1 del Decreto 1957 de 2001, el notario está obligado a reportar inmediatamente a la UIAF los negocios jurídicos sospechosos una vez estén autorizados⁵³²; no obstante ello, si en cualquier momento se conoce de una operación sospechosa, debe ser reportada directamente a la UIAF de manera inmediata⁵³³. De todas maneras, deberán efectuar un análisis ponderado a fin de

⁵³⁰ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 9; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23, 29 y 34.

⁵³¹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 10; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23, 29 y 34.

⁵³² Decreto 1957/01, art 1; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 11 y num 6.1; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 20 y 23.

⁵³³ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1.

establecer particularidades que lo hagan susceptibles de reporte, con base en las señales de alerta y la documentación allegada mediante la Escritura Pública⁵³⁴.

Entendida la función notarial de conformidad al anterior decreto, ¿cuál sería, entonces, la función que cumple el acto de autorizar el documento notarial? Pues, la seguridad jurídica preventiva –que es de la naturaleza de la función notarial– no existe, al entenderse que el reporte de una operación sospechosa cuestiona el negocio y lo pone en el escenario del litigio. La finalidad del reporte trae como actividad consecuente la revisión de los hechos fijados y la documentación allegada a la escritura para la constatación de señales de alerta que configuren operaciones sospechosas y, en consecuencia, pone en entredicho los hechos fijados por los comparecientes. Por lo tanto, en la normativa de contenido GAFI, la autorización notarial está viciada, al no cumplir la garantía de seguridad jurídica preventiva como esencia de la función notarial.

12. Reporte de operaciones sospechosas (ROS).

Las operaciones sospechosas es el insumo que reclama la UIAF para cumplir su objetivo, cual es el de intervenir en nombre del Estado para la prevención y detección de operaciones relacionadas con actividades delictivas; para ello centraliza, sistematiza y analiza mediante actividades de inteligencia financiera la información recaudada⁵³⁵.

El artículo 2 del Decreto 1957 de 2001, señala que la SINR, en coordinación con la UIAF, emitirá un instructivo que describa la actividad del Notario para dar cumplimiento a la obligación de reporte de operaciones sospechosas.

⁵³⁴ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, num 2; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 3; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 28 y 34.

⁵³⁵ Ley 526/99, art 3; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23, 29 y 34.

Para tratar de comprender la obligación que se impone a los notarios, es necesario precisar qué es una operación sospechosa según la UIAF. Esta la define así:⁵³⁶ *Operación sospechosa: Es aquella que por sus características no se enmarca dentro de los sistemas y prácticas normales de los trámites solemnizados por Escritura Pública y que genera una señal de alerta de lavado de activos y/o financiación del terrorismo, que debe reportarse.*

Esta definición, adoptada por la Circular Externa 1536 de 2013, precisa la que trae la Instructiva Administrativa 8 de 2007, como ya fue señalado. Esta trae elementos que la amplían al dejar que el Notario estime con buen criterio como irregulares o extrañas, a tal punto que escapen de lo simplemente inusual o que por sus características demuestre racionalmente que se aparta de la actividad económica del usuario, derivada de los antecedentes de quien la realiza y de los criterios sobre riesgos y alertas.⁵³⁷ No se exige que la Notaría tenga certeza de que se trata de una actividad delictiva o de verificar que los recursos tienen origen ilícito; en definitiva, solo se requiere que la Notaría considere que la operación es sospechosa⁵³⁸.

Para facilitar lo anterior, los parámetros y metodología que se establecen en modo alguno son taxativas o determinantes en atención a la dinámica y a las propias características de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo; pero es necesario adoptar mecanismos específicos tendientes a evitar que algunos actos sujetos al trámite notarial, sean aprovechados indebidamente por las organizaciones delincuenciales. Se establecen entonces, algunas señales de alerta que pueden representar operaciones notariales susceptibles de estar particularmente vinculadas a la tipología de estos delitos, razón por la cual se

⁵³⁶ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 4; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3.

⁵³⁷ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 8 y 9.

⁵³⁸ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 11; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23, 29 y 34.

demanda especial atención y supervisión por parte del Notario⁵³⁹, como ya quedó indicado cuando hablamos del control de legalidad del contenido GAFI que se extiende a los notarios.

Para reafirmar esa obligación, la SINR hace remisión a las señales de alerta enunciadas para los notarios en la Guía de la UIAF⁵⁴⁰.

Esa mayor atención y supervisión que se demanda del Notario implica no constituir eximente de responsabilidad –por los efectos vinculantes que tiene la obligación de reporte a la UIAF– cuando la atención y trámite del negocio notarial se haya efectuado por los empleados de la Notaría⁵⁴¹. Es así como el notario, una vez determinada la operación sospechosa, debe proceder a reportar a la UIAF de manera inmediata y directa, de conformidad con los criterios técnicos y jurídicos de la SINR⁵⁴². En todo caso, todos deben guardar absoluta reserva con relación a los reportes, lo cual implica no poder revelar en forma alguna el contenido ni la fecha de ellos⁵⁴³.

Aún más; impone la SINR que en la detección de actividades sospechosas se ha de establecer el SIPLAFT como Mecanismo de Control que sirve de vehículo para identificar señales de alerta como las establecidas en la Guía de la UIAF⁵⁴⁴, como quedó indicado cuando se habló de la inspección, vigilancia y control.

⁵³⁹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SNIR, inc 15; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 3.

⁵⁴⁰ Instructiva Administrativa 8/07 de la SNIR, inc 15 y 16; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 4.

⁵⁴¹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SNIR, num 6.

⁵⁴² Instructiva Administrativa 8/07 de la SNIR, num 6; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 20, 23, 29 y 34.

⁵⁴³ Decreto-ley 663/93, art 105; Instructiva Administrativa 8/07 de la SNIR, num 6; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 21.

⁵⁴⁴ Instructiva Administrativa 8/07 de la SNIR, inc 17 y ss; Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 28 y 34.

Definidas las actividades que se les imponen a los notarios para que sean desarrolladas dentro de la función notarial, se encuentra que la naturaleza de esas actividades se funda en la duda, desconfianza y recelo frente a los comparecientes, como actitud que ofrece la posibilidad de detección y prevención de operaciones sospechosas con base en pautas y métodos objetivos, conforme a los indicaciones de las señales de alerta establecidas por la UIAF y la SINR.

De esta forma, la finalidad de las nuevas actividades que deben desarrollar los notarios es la de detectar operaciones sospechosas; es decir, se impone como función encontrar la sospecha, la conjetura fundada en apariencia o visos de verdad –pues lo sospechoso da fundamento para hacer mal juicio de las acciones y conductas– que se presenta sobre un acto o negocio notarial, y llega a constituirse en el centro de la asesoría notarial, so pena de ser sancionado por no cumplir la función de barrera de contención a los actos asociados al lavado de activos.

La obligación de encontrar y reportar operaciones sospechosas, so pena de sanción, es la gota que contamina el agua, al fundarse en la creencia y no en la certeza como elemento que estructura la función notarial.

13. El rechazo notarial activa el deber de denuncia.

El Decreto 1957 de 2001, artículo 1, inc. 2, establece que “Autorizado el acto jurídico a que se refiere el inciso anterior, deberá ser reportado inmediatamente a la UIAF”, cuando se consideren encaminados a la ejecución de actividades relacionadas con el delito de lavado de activos. Así se establece claro el mandato de que sin importar la existencia real de la finalidad delictiva del negocio notarial, éste será autorizado y luego reportado a la unidad de inteligencia financiera del Estado. De igual manera, tenemos claro el ejemplo de las listas internacionales que vinculan a Colombia, caso en que si el usuario aparece allí, el Notario no

podrá rehusar la prestación del servicio, quedando obligado al reporte del acto como operación sospechosa⁵⁴⁵.

De lo anterior se desprende que se prioriza el reporte de operaciones sospechosas al rechazo de la autorización. Ese reporte no constituye denuncia penal; pero establecido el delito, ese reporte no exime del deber de denuncia⁵⁴⁶ a pesar de haber sido autorizada la Escritura Pública.

Conforme a lo visto, si el Notario en ejercicio de la función notarial advierte señales de alerta u operaciones que indiquen que la entidad está siendo instrumentalizada para el lavado de activos o la financiación del terrorismo, espera dar autorización a la escritura para hacer el reporte de manera inmediata y suficiente a la UIAF. Es decir, a pesar de la operación sospechosa, no se presenta el rechazo a la autorización de la Escritura Pública.

Cabría decir en este punto, que el rechazo de la escritura y en consecuencia la no autorización del acto jurídico solo tiene rigor en los eventos en que el ordenamiento jurídico permite no regular el negocio por ilegalidades diferentes a las asociadas al lavado de activos o la financiación del terrorismo. En consecuencia, en estas condiciones, el rechazo notarial no genera el deber de denuncia.

Por el contrario, si el rechazo se erige como consecuencia de la detección de operaciones sospechosas según las señales de alerta establecidas como constitutivas de actividades relacionadas al lavado de activo y financiación del

⁵⁴⁵ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3; Ley 1121/06 art 20.

⁵⁴⁶ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, num 13; Ley 906/04, art 67; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1, 2, 10, 20, 23, 28 y 34.

terrorismo, se activa el deber de denuncia como exigencia legal⁵⁴⁷ después de la autorización.

Se concluye que la normativa GAFI no contempla la negación fedataria; por el contrario, cobija la dación de fe notarial acompañada del reporte de operación sospechosa a la UIAF y la subsiguiente denuncia penal.

14. La actividad de policía.

La función pública notarial está caracterizada de conformidad con la doctrina internacional del notariado tipo latino; función en la que el notario cumple un rol que se identifica con la necesidad de la sociedad de encontrar y, a la vez, partir de un punto cierto en las relaciones comerciales con la fijación de hechos con fuerza de verdad que impone el Estado a través del delegado fedatario llamado Notario.

No obstante, las normas tipo GAFI están imponiendo a los notarios actividades que se entienden dentro del desarrollo de la función notarial, pero que modifican el papel del notariado frente a la sociedad: estas son las actividades de policía. Las actividades de inteligencia e información en las gestiones notariales relacionadas con el lavado de activos y la financiación del terrorismo, van dirigidas a esas conductas delictivas que han cobrado especial importancia dentro del contexto económico y político mundial debido al profundo impacto en la estructura económica y social⁵⁴⁸; estas se constituyen en riesgo y amenaza a múltiples actividades de origen lícito y distorsionan la economía y comprometen la seguridad nacional.

⁵⁴⁷ Ley 906/04, art 67; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 13; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1, 2, 10, 23 y 28.

⁵⁴⁸ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 29 y 31.

Desde la creación de la UIAF se define el papel que desarrolla al interior de los diferentes sectores económicos, cual es el de intervención a nombre del Estado con el fin de detectar prácticas asociadas con el lavado de activos; intervención que tiene como objetivo la prevención y detección de operaciones sospechosas⁵⁴⁹. Esa intervención, a su vez, genera y recauda información que es centralizada, sistematizada y analizada mediante actividades de inteligencia financiera⁵⁵⁰. La UIAF es, entonces, una unidad de inteligencia financiera, que con ese propósito interviene sectores económico que considere tiene información relevante para su cometido⁵⁵¹. Así es como se interviene la función notarial con la expedición del Decreto 1957 de 2001 y luego se concreta esa intervención con la Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF y la Instructiva Administrativa 8 de 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013, ambas de la SINR, con el propósito de recoger información relevante para su objetivo, y evitar que las funciones notariales sean utilizadas para la movilización y lavado de activos producto de actividades ilícitas de las organizaciones criminales cuando éstas realizan actos sujetos al trámite notarial⁵⁵².

Así tenemos que la UIAF en cooperación con la SINR, interviene el ejercicio de la actividad del notario como sujeto obligado y le imponen⁵⁵³ la obligación de reporte de operaciones sospechosas, para lo cual debe establecer mecanismos de control que identifiquen las señales de alerta establecidas⁵⁵⁴, instrumentando de ésta manera el sistema notarial como una organización que hace parte de la estructura

⁵⁴⁹ Ley 526/99, art 1, 3 inc 1; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 5; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 1, 2, 10, 20, 23 y 29.

⁵⁵⁰ Ley 526/99, art 3 inc 1; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 2, 29 y 31.

⁵⁵¹ Ley 526/99, art 9 (mod Leyes 1121/06 art 8 y 1621/13, art 34); Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 29 y 31.

⁵⁵² Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6, 9 y 10; Circular Externa 1536/13 de la SINR, inc 3 y num 4; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 20, 23, 29 y 31.

⁵⁵³ Decreto 1957/01, art 1 y 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 4 y 6; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 20, 23, 28, 29 y 31.

⁵⁵⁴ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 7, 15, 16 y 17; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23 y 28.

de inteligencia financiera del Estado. Los notarios deberán efectuar un análisis ponderado de los actos que autorizan, a fin de establecer particularidades de los mismos que los haga susceptible de reporte a la UIAF⁵⁵⁵; en otras palabras, hacen labores de inteligencia para el acopio de información relevante para los objetivos de la UIAF, al hacer *“las indagaciones y demás procedimientos que los Notarios y sus dependientes hacen para elaborar los informes que deben presentar a la UIAF...”*⁵⁵⁶.

Para establecer actividades de inteligencia, lo notarios deben implementar los Mecanismos de Control que ha indicado la SINR⁵⁵⁷: conocimiento del cliente y/o usuario, actos notariales, capacitación, manual de procedimientos, desarrollo tecnológico, reportes y conservación de documentos, ya definidos cuando abordamos el punto de inspección, control y vigilancia en el GAFI; los cuales han sido ordenados en el SIPLAFT que implementa la Circular Externa de la SINR ya referida.

Queda claro que la actividad de recaudo de información y el posterior reporte para fines de inteligencia financiera son actividades propias de policía, a las que están obligados los notarios en el ejercicio de la función notarial, dando cumplimiento a las instrucciones de la UIAF y la SINR, la primera como organismo titular de la función de prevención y detección de operaciones sospechosas y la segunda, como entidad de orientación, inspección, vigilancia y control de la función notarial⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, num 2; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23 y 28.

⁵⁵⁶ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3, num 4.1.2., y 4.3.

⁵⁵⁷ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, nums 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 23 y 28.

⁵⁵⁸ Ley 734/02, art 55 num 3; Decreto 1957/01, art 1 y 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 4, 6.

No es de la naturaleza de la función notarial recaudar información para reportar; esto constituye ejecutar actividades de policía.

15. La función técnica, documental y testimonial del notario.

Ante el notario no se discuten derechos; de presentarse esta situación, se da por terminado el ejercicio de la función notarial para dar paso a la función jurisdiccional.

Lo anterior marca la labor eminentemente técnica del Notario, con la cual se fijan hechos sobre derechos ciertos e indiscutidos, los cuales se documentan y regulan según las exigencias legales, dando el Notario fe de ello –por lo que ve, oye y percibe– con la autorización de la Escritura Pública, por haber ocurrido de conformidad con el ordenamiento jurídico. Pero esa labor técnica se hace también frente a las señales de alerta de operaciones sospechosas, como pautas objetivas determinadas por la UIAF o SINR.

De igual manera, el Notario tiene la obligación de testimoniar sobre aquello que ve, oye y percibe por los sentidos y que no haya quedado documentado en el negocio sometido a su regulación; testimonio que está precedido del análisis ponderado de aquello que lo haya llevado a establecer particularidades que arrojaron información relevante, lo cual será el tema de la diligencia testimonial, además de haber sido la información que sirvió de soporte para reportar operaciones sospechosas a la UIAF⁵⁵⁹.

Como ya se indicó, al documentar el negocio que se regula, las actividades asociadas al lavado de activos no son motivo de rechazo notarial, porque ese reporte se hace después de autorizada la Escritura Pública. Una cosa es la regulación legal de aquellos negocios jurídicos que están asociados al lavado de

⁵⁵⁹Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 10, 23, 28 y 29.

activos y otra cosa es la regulación de aquellos que no lo están, pero sí son susceptibles de rechazo. Para los primeros, la documentación que soporta la escritura autorizada son los mismos que soportan la sospecha que se reporta⁵⁶⁰.

Así se entiende que documentar el acto jurídico de la Escritura Pública de compraventa de bienes inmuebles, implica, la regulación legal del negocio jurídico en particular –que conlleva el cotejo contra el ordenamiento jurídico– también se coteja contra los criterios técnicos y jurídicos establecidos por la UIAF y la SINR para la prevención de riesgos de actividades asociadas al lavado de activos⁵⁶¹.

El Notario en su labor técnica, documental y testimonial, tiene igual actividad frente a las normas de contenido GAFI en función de prevención y control de actividades asociadas al lavado de activos.

16. Mayor carga en la labor de conocimiento del cliente.

Uno de los elementos de los que da fe el notario cuando autoriza la escritura, es la comparecencia de quienes otorgan el instrumento, con la afirmación de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados⁵⁶². Esta afirmación se hace relevante por la necesaria convicción de que no existe nulidad absoluta con base en lo dispuesto en el artículo 1504 de Código Civil⁵⁶³, lo que implica la identificación de los comparecientes con los documentos pertinentes u otros documentos auténticos o mediante la fe de conocimiento por parte del Notario⁵⁶⁴.

Lo anterior tiene relación directa con la Debida Diligencia, definida como el conjunto de procesos notariales para la incorporación de los documentos e

⁵⁶⁰ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1.

⁵⁶¹ Circular Externa 1536/13 de la SINR, inc 4.

⁵⁶² Decreto-ley 960/70, art 14.

⁵⁶³ Decreto-Ley 960/70, art 21.

⁵⁶⁴ Decreto-Ley 960/70, art 24; Dec 2148/83, art 11.

información exigida por la ley y suministrados por los usuarios que hace posible el ejercicio de la función notarial en cumplimiento de los controles de constitucionalidad y legalidad, y que tiene como efectos el de consolidar la información necesaria en relación con el conocimiento del usuario y con el fin de prevenir y controlar las actividades de lavado de activos y financiación del terrorismo⁵⁶⁵.

Entonces, el presupuesto para acreditar los procesos de debida diligencia está definido en la ley y precisados en instructivos de la UIAF y la SINR. El conocimiento de los usuarios en la Escritura Pública será implementado según las características legales del trámite notarial respectivo; deben solicitarse sus documentos legales de identificación, su dirección, teléfono, correo electrónico, de ser el caso, la actividad económica de los comparecientes cuando el trámite así lo permita y cualquier otra información adicional necesaria para la autorización de la Escritura Pública. La información suministrada por el usuario, así como el nombre de la persona que la recibió, queda debidamente documentada en el instrumento para efectos probatorios de debida y oportuna diligencia. Cuando el otorgante presenta para su identificación el comprobante del documento en trámite expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Notario procederá a hacer la identificación mediante la obtención electrónica de la huella dactilar, de conformidad con el artículo 18 del Decreto Ley 0019 de 2012⁵⁶⁶. Esto no

⁵⁶⁵ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 3.

⁵⁶⁶ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 4.3.1.2.; Decreto-ley 0019/12. **Art 18. Verificación de la huella dactilar por medios electrónicos.** En los trámites y actuaciones que se cumplan ante las entidades públicas y los particulares que ejerzan funciones administrativas en los que se exija la obtención de la huella dactilar como medio de identificación inmediato de la persona, ésta se hará por medios electrónicos. Las referidas entidades y particulares contarán con los medios tecnológicos de interoperabilidad necesarios para cotejar la identidad del titular de la huella con la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Si el trámite no requiere de la identificación inmediata de la persona, la autoridad o el particular encargado de funciones administrativas coordinarán con la Registraduría Nacional del Estado Civil el mecanismo de verificación de la información requerida. Cuando por razones físicas la persona que pretenda identificarse no pueda imponer la huella dactilar o esta carezca de calidad suficiente para identificarla, la verificación de la identidad se hará mediante la comparación de su información biográfica con la que reposa en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. De igual forma se procederá para identificar a personas menores de siete (7) años, caso en el cual

contraviene el artículo 1 de la Ley 39 de 1961, que exige como único documento de identificación en los actos civiles, políticos, administrativo y judiciales la cédula laminada, toda vez que la huella dactilar en el sistema de identificación tiene como presupuesto lógico la existencia del único documento que acredita la identificación. Lo que se hace aquí es hacer compatibles los adelantos tecnológicos con la exigencia legal.

Pero desde la Instructiva Administrativa 8 de 2007, la SINR señaló que el Notario debe entender como parte integral de su negocio la política de conocimiento del cliente; en consecuencia debe establecer procedimientos para obtener un conocimiento efectivo, eficiente y oportuno de todos los clientes y/o usuarios, así como para verificar la información y los soportes, y al menos debe: determinar las características usuales de las transacciones o actos notariales que se desarrollan dentro de su Círculo Notarial; determinar la actividad económica de sus clientes;

deberá acompañarse copia del Registro Civil de Nacimiento. La comprobación de identidad a través de la Registraduría Nacional del Estado Civil no tendrá costo para la entidad pública o el particular que ejerza funciones administrativas. Parágrafo 1. La identificación mediante la obtención electrónica de la huella dactilar no excluye la presentación del documento de identidad. En caso de que la persona no tenga documento de identidad, el requisito se surtirá con la exhibición del comprobante del documento en trámite, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el cual se presume auténtico. Parágrafo 2. Cuando sea necesario, y con el fin de obtener la huella dactilar en sitios distintos a su sede operativa, las autoridades públicas o los particulares en ejercicio de funciones administrativas podrán incorporar mecanismos móviles de obtención electrónica remota de la huella dactilar. Las notarías del país están obligadas a contar con sistemas de obtención electrónica remota de la huella dactilar. Parágrafo 3. Para los efectos de este artículo, entiéndase que el documento de identidad es la cédula de ciudadanía, la cédula de extranjería, la tarjeta de identidad o el pasaporte si el nacional que se identifica se encuentra en el exterior. Parágrafo 4. Los particulares que prestan servicios públicos podrán incorporar mecanismos de obtención electrónica de la huella dactilar de usuarios, clientes o consumidores cuando resulte indispensable para evitar suplantaciones o fraudes, e inter-operar con la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil para verificar su identidad. Parágrafo transitorio. Las obligaciones a que se refiere este artículo serán exigibles a las autoridades públicas y a los particulares que cumplan funciones administrativas a partir de las siguientes fechas: 1. Para las autoridades o particulares que cumplen funciones administrativas en los distritos y municipios de categoría especial, primera y segunda, así como para las oficinas consulares de la República de Colombia, a partir del 1 de julio de 2012. 2. Para las autoridades o particulares que cumplen funciones administrativas, ubicados en los distritos y municipios de categoría tercera y cuarta, a partir del 1 de enero de 2013. 3. Para las autoridades o particulares que cumplen funciones administrativas, ubicados en los distritos y municipios de categoría quinta y sexta, a partir del 1 de julio de 2013. 4. Para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir del 1 de julio de 2013; Cuarenta Recomendaciones del GAFI, num 10, 22 y 23.

identificar a los clientes cuyas actividades pudieren involucrar lavado de dinero o financiación del terrorismo; realizar diligencia debida sobre sus clientes; y conservar registros.⁵⁶⁷ Y como consecuencia de ello, la identificación del reportado no puede permitir duda alguna, al exigir la misma instructiva que los Notarios *“deberán corroborar con exactitud que la persona que exhiba el documento, sea efectivamente la relacionada en el mismo”*⁵⁶⁸.

De lo anterior se desprende que para el Notario no puede ser suficiente la identificación de los comparecientes; debe ir más allá, a la individualización, entendida como la huella social que hace inconfundible una persona de otra; que la diferencia aún en aquellos casos de homonimia. Al notario, por su condición de fedatario, no le es permitido ser causa de error judicial o administrativo; pero, aún más, no le es tolerable que permita la suplantación personal en el otorgamiento de la Escritura Pública. La mayor carga demostrativa sobre la identificación de los comparecientes que impone la normativa GAFI, es la aplicación fehaciente de la debida y oportuna diligencia en evitar la abusiva utilización de los servicios notariales.

SECCIÓN TERCERA. CONCLUSIONES.

1. La función notarial como desarrollo del GAFI.

En esta sección se toman como referencia las consideraciones de Juan Antonio Aliaga Méndez, responsable de prevención del blanqueo del Consejo General del Notariado, autorregulador de la función notarial en España, que contiene el Órgano Central de Prevención, entre cuyas funciones está la de hacer el reporte de las operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera.

⁵⁶⁷ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 17.

⁵⁶⁸ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, num 6.5.

Es necesario hacer dos precisiones: la primera, que los notarios en España no reportan directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera; lo hacen el Consejo General del Notariado por medio del Órgano Central de Prevención. La segunda, que existe un amplio marco operativo, que consiste en la detección, el análisis y la eventual comunicación, y después del análisis se hace el reporte a la Unidad de Inteligencia Financiera.

En Colombia, en lo que podríamos llamar el marco operativo para el reporte de operaciones sospechosas, se parte de que la Notaría no necesita tener certeza de si se trata de una actividad delictiva, ni de identificar el tipo penal o de verificar si los recursos tienen un origen ilícito; sólo se requiere que la operación pueda tenerse como sospechosa; es decir, que por sus características ese negocio jurídico autorizado no se enmarca dentro de los sistemas y prácticas normales de los trámites solemnizados por Escrituras Públicas y, por lo tanto, generan una señal de alerta⁵⁶⁹.

La actividad notarial comienza con la recepción, continúa con la extensión, se concreta en el otorgamiento y finaliza con la autorización del Notario; todas estas fases están bajo el estudio –como marco operativo– que se hace para el reporte de operaciones sospechosas; fases en las que la función notarial de regulación legal del negocio jurídico está intervenida por la actividad de recaudar información que amerite reporte, y que se extiende más allá de la autorización de la Escritura Pública en busca información necesaria para la UIAF y a la SINR⁵⁷⁰.

Siguiendo al referido autor español, de lo anterior se desprende que la *detección* se determina con base en las señales de alerta definidas por la UIAF⁵⁷¹ y los

⁵⁶⁹ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.

⁵⁷⁰ Circular Externa 1536/13 de la SINR.

⁵⁷¹ Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 3.

documentos allegados a la Escritura Pública⁵⁷², que serán los mismos soportes de la operación reportada; el *análisis* tiene como fundamento el amplio espacio de la sospecha, como criterio subjetivo jalonado por las motivaciones del Notario; y por último, *la comunicación* que obliga al Notario, salvo cuando en el negocio jurídico intervenga una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, como en el caso de la transacción financiera.

El órgano regulador de la función notarial en Colombia es la SINR, que en ejercicio de la función de orientación y control notarial dicta los criterios técnicos y jurídicos para la gestión de la función notarial, y con base en ellos los notarios tienen la obligación de hacer el reporte de operaciones sospechosas que detecten. La normativa colombiana indica el reporte directo del Notario a la Unidad de Inteligencia Financiera, o sea a la UIAF.

La práctica del notariado española para el reporte de operaciones sospechosas, que de igual manera desarrollan la normativa GAFI, se hace en un nivel superior al Notario, buscando un mayor grado de objetividad en el reporte, al tener mayor análisis sobre la operación notarial del usuario que origina una o varias señales de alerta. Este mayor estudio tiene como base la posibilidad de analizar operaciones del usuario en otros despachos notariales; posibilidad que no tiene el Notario colombiano. No obstante esto, es aplicable el paso a paso que señala Aliaga Méndez para el caso del Notario colombiano, que consiste en una ejecución secuencial.

En el marco operativo ya señalado de la normativa española, se dan las siguientes actividades:

Detección: Identificación de indicadores de riesgo. La detección de operaciones de riesgo arranca fundamentalmente del establecimiento de alertas o patrones.

⁵⁷² Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1.

Indicador de riesgo: Un “indicador de riesgo” no es otra cosa que el elemento o patrón de conducta que se ha observado en la práctica, frecuentemente asociado a esquemas de blanqueo. Sobre la misma operación u operativa (conjunto de operaciones conectadas) pueden concurrir uno o varios indicadores de riesgo, con un grado de intensidad diferente, por ejemplo: el grado de intensidad del indicador “uso de efectivo como medio de pago”, tendrá un grado de intensidad diferente en función de la cuantía de efectivo empleado, tanto en términos absolutos como en términos relativos, respecto de la cuantía total de la operación. Lógicamente, el riesgo o la propensión potencial al blanqueo de la operativa autorizada por el notario, aumentará en relación directa con el número de indicadores y la intensidad de los mismos⁵⁷³.

Análisis: Analizar una operación es valorar si el nivel de riesgo asociado a los indicadores presentes persiste o se incrementa, a partir del uso de información adicional sobre características de las operaciones o los sujetos intervinientes. (...) El objetivo del análisis es la búsqueda de una explicación (lícita) que permita justificar y dar sentido económico a la operativa analizada, contrastando la operativa concreta que se analiza con la información adicional aportada. Como toda valoración, el análisis conlleva inevitablemente un juicio subjetivo respecto a la existencia o no de explicaciones que justifiquen la operativa (sospecha). El proceso de análisis, al igual que toda actuación en la prevención del blanqueo, se desenvuelve dentro del más estricto deber de confidencialidad⁵⁷⁴.

Comunicación: Superadas las anteriores actividades, sigue el Reporte de Operación Sospechosa (ROS).

⁵⁷³ Juan Antonio Aliaga Méndez. El proceso de blanqueo: sus causas y consecuencias. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La Función notarial y el derecho penal*. Pamplona. Thomson Civitas. 2007, p 194.

⁵⁷⁴ *Ibíd.*, p. 194 y 195.

Valoración global: El nuevo sistema de prevención del blanqueo puesto en marcha por el Notariado, se integra plenamente dentro de su actividad de control de la legalidad y la regularidad formal y material de los actos y negocios autorizados como funcionarios públicos⁵⁷⁵.

En conclusión, se puede decir que el GAFI es fuente de normativa notarial al establecer estándares internacionales que Colombia está obligada a adoptar; que se concretan en reglamentos o criterios técnicos y jurídicos por la UIAF y/o por la SINR; e impuestos al Notario para la prevención y detección de operaciones sospechosas asociadas con el lavado de activos y la financiación del terrorismo, en el ejercicio de la función notarial.

1.1 El GAFI condiciona el desarrollo normativo de la función notarial.

Las Cuarenta Recomendaciones son el principal instrumento del GAFI y contiene una amplia panoplia de medidas que considera deben implementar los Estados para lograr erradicar el peligro que el lavado de activos supone para los sistemas económicos, como objetivo determinante. Estas medidas se construyen a partir de estudiar los nuevos métodos y tendencias del lavado de activos, para lo cual se efectúan autoevaluaciones sobre aspectos jurídicos y financieros; se hacen evaluaciones horizontales sobre una determinada cuestión en la que un equipo compuesto por personal de diversos Estados miembros procede a valorar el cumplimiento de las Recomendaciones. Del informe final resultante se deriva la necesidad de reformas internas en el país evaluado para mejorar el cumplimiento de los estándares, que es el objeto del control⁵⁷⁶; como así se ha dispuesto por la Ley 1121 de 2006, art 12, que modifica el artículo 102, num. 2 lit. e. del Decreto 663 de 1999, adoptado por la UIAF en la “Guía sobre Prevención del Riesgo de

⁵⁷⁵ *Ibíd.*, p. 196.

⁵⁷⁶ Luís Manuel Lombardero Expósito. *Op. Cit.*, p. 294 y 295.

Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo en el sector Notariado”, la cual hace parte de integral de la Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR.

Desde su fundación, el GAFI ha centrado su actividad en tres áreas fundamentales: elaborar normas, controlar su cumplimiento e identificar las nuevas amenazas de lavado de activos y financiación del terrorismo⁵⁷⁷, logrando que en el nivel global existan unos estándares mínimos en relación con la prevención y represión del blanqueo de capitales, que son respetados de un modo aceptable, llegando a ser la base de la normativa sobre prevención y represión del lavado de activos, tanto de origen interno como internacional⁵⁷⁸.

Como ya se ha establecido, la norma interna que en Colombia ha adoptado los estándares mínimos internacionales establecidos por el GAFI es la Ley 526 de 1999, modificados por la Ley 1121 de 2006, entre otras razones, por la necesidad de hacer los ajustes recomendados por las revisiones del GAFI.

La ley 526 creó la UIAF con la asignación expresa de tener funciones de intervención del Estado en todos los sectores de la vida económica para detectar y prevenir actividades asociadas al lavado de activos mediante el recaudo de información relevante de entidades públicas y privadas, o de cualquier otro sector que sea necesario vincular en uso de esa facultad⁵⁷⁹. Así se vinculó la actividad notarial a las funciones de la UIAF con la expedición del Decreto reglamentario 1957 de 2001, en el que se impone al notario el reporte operaciones sospechosas de lavado de activos. Igualmente, se decreta que la SINR en coordinación con la UIAF emitirá instructivo que describa los parámetros y metodología que deben ser empleados por los notarios en cumplimiento de la obligación de reportar, lo que se hará de manera inmediata después de autorizados⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ *Ibíd.*, p. 298.

⁵⁷⁸ *Ibíd.*, p. 300.

⁵⁷⁹ Ley 526/99, art 1, 3 inc 1 y parag 1; Decreto 1497/02, art 2.

⁵⁸⁰ Decreto 1957/01, art 1 y 2.

La UIAF expide la “Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo en el sector Notariado”, y la SINR expide la Circular Externa 1536 de 2013 y la Instructiva Administrativa 8 de 2007. La UIAF, como organismo titular de la función de detección y prevención de actividades asociadas al lavado de activos y financiación de terrorismo, y la SINR, como organismo de orientación, inspección, vigilancia y control de los servicios públicos que prestan los notarios⁵⁸¹, dictan los mencionados actos administrativos con los cuales se reglamenta el quehacer notarial, dada la necesidad de crear políticas y procedimientos armónicos y coordinados de prevención y detección de éstos ilícitos. Es decir, con ellos se adoptan mecanismos específicos tendientes a evitar que algunos actos sujetos al trámite notarial, sean aprovechados indebidamente por las organizaciones delincuenciales para dar apariencia de legalidad al producto de sus delitos⁵⁸².

La UIAF formula las políticas de prevención y detección de la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo en todas sus manifestaciones, por lo que participa en las modificaciones legales a que haya lugar para el efectivo control de estas conductas. También diseña nuevos sistemas de control, instrumentos de reporte o ajustes a los existentes para optimizar la calidad de la información a recaudar con el ajuste a las normas, reglamentos e instructivos necesarios para el cumplimiento de su objeto; igualmente prepara los instructivos, resoluciones y circulares necesarios para el reporte de información de interés y el cumplimiento del objeto de la Unidad⁵⁸³. Es así como esta Unidad solicita a cualquier entidad pública la información que considere necesaria⁵⁸⁴, a lo cual queda vinculado el sistema notarial.

⁵⁸¹ Decreto 2163/11, art 3 y 12; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1; Circular Externa 1536/13 de la SINR.

⁵⁸² Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 1.

⁵⁸³ Ley 526/99, art 4 num 1 y 7, art 6 num 4 y 5, art 7 num 4 y 5.

⁵⁸⁴ Ley 526/99, art 9 inc 1.

La SINR tiene el deber legal de instruir a sus vigilados sobre las características, periodicidad y controles en relación con la información a recaudar para la UIAF, de acuerdo con los criterios e indicaciones que reciban de ésta⁵⁸⁵. Por ello, mediante la Instrucción Administrativa 8 de 2007 y posteriormente con la Circular Externa 1536 de 2013, hace que las notarías implementen mecanismos de control para la detección de operaciones sospechosas y para el reporte de operaciones notariales con el fin de prevenir los delitos mencionados, como medidas apropiadas y suficientes⁵⁸⁶.

1.2 La función notarial está condicionada por el GAFI.

De lo dicho en este punto se desprende que la función notarial, detallada por las funciones de intervención de la UIAF y la función orientadora de la SINR, está vinculada al cumplimiento de estándares internacionales definidos por el GAFI, dado que este elabora normas, controla su cumplimiento e identifica las nuevas amenazas de lavado de activos y financiación del terrorismo; así mismo hace las evaluaciones y profiere el informe final en el que hace requerimientos para los ajustes normativos necesarios.

Estos ajustes están en relación con los compromisos del Estado colombiano cuando en el año 2000 se creó a nivel regional el Grupo de Acción Financiera Internacional de Sudamérica (GAFISUD), con el compromiso de adoptar las Recomendaciones del GAFI.⁵⁸⁷ Todo esto se refuerza con el artículo 12 de la Ley 1121 de 2006, al señalar que los Mecanismos de Control han de estar en consonancia con los estándares internacionales para la prevención de actividades delictivas⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ Ley 526/99, art 10; Circular Externa 1536/13 de la SINR; Instructiva Administrativa 8/07, inc 6.

⁵⁸⁶ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 7 y 8; Circular Externa 1536/13 de la SINR.

⁵⁸⁷ Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF, num 1.

⁵⁸⁸ Ley 1121 /06, art 12, (mod el art 102, num 2, lit e. de Dec-ley 663/93).

De ahí que las modificaciones legales en la normatividad interna obedecen al cumplimiento de las revisiones que se hacen a las Cuarenta Recomendaciones por el GAFI, las que traducidas en normativa interna como leyes y decretos, obliga a la actualización de los reglamentos –resoluciones, circulares e instructivas– de la UIAF como titular de la función de prevención y control del lavado de activos y financiación del terrorismo y/o la SINR como la que orienta, inspecciona, vigila y controla el ejercicio de la función notarial.

2. El concepto de función que se impone al notario desde el GAFI.

Lo primero será definir la estructura que convoca la concurrencia del notariado a la lucha contra el lavado de activos.

La Ley 526 crea la UIAF con la función de intervención del Estado en el sector económico con el fin de prevenir y detectar actividades asociadas con el lavado de activos, con la cual se entiende que es el organismo no judicial titular de esta gestión⁵⁸⁹. Como acto reglamentario de esta ley, el Decreto 1957 de 2001 impone a los notarios la obligación de reportar directa e inmediatamente a la UIAF aquellos actos jurídicos ya autorizados, que puedan estar encaminados a la ejecución de lavado de activos. Este mismo decreto ordena a la SINR, en coordinación con la UIAF, expedir instructivo para que sea aplicado por los notarios en el cumplimiento de sus funciones: así la UIAF expide la Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo en el sector Notariado, que es incorporada a la Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR; ésta ya había expedido la Instructiva Administrativa 8 de 2007. En éstos actos se concreta la forma como los notarios cumplen la función notarial en función de la intervención del Estado en el sistema notarial, para prevenir y detectar actividades asociadas al lavado de activos⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Ley 526/99, art 1; Decreto 1497/02, art 1.

⁵⁹⁰ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 7, 8; Circular Externa 1536/13 de la SINR.

A partir del 17 de septiembre de 2001, con la expedición del Decreto 1957, los notarios pasan a ser sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas asociadas al lavado de activos⁵⁹¹; y son también obligados a autorizar los actos jurídicos que van a reportar⁵⁹². Es así como los notarios pasan de meros reguladores del negocio jurídico que se pone a su consideración, para ser además agentes obligados de la prevención y detección de actividades asociadas al lavado de activos.

Desde 2007, los notarios se estructuran en la lucha contra la delincuencia organizada como colaboradores directos de la UIAF⁵⁹³ y con la regulación de SINR⁵⁹⁴, lo que hace que el sistema de prevención y control de riesgos articule la función pública notarial con el cumplimiento de la obligación de reporte de la información recaudada mediante actividades de inteligencia financiera, teniendo como objetivo la información de operaciones sospechosas⁵⁹⁵.

Se entiende, por lo tanto, que la nueva función con la que se carga la labor del notario en ejercicio de la función notarial, es la de ser informante de la UIAF, para lo cual no se requiere certeza de que se trate de actividades relacionadas con actos delictivos⁵⁹⁶. Para ejercer tal función, los notarios deben realizar actividades adicionales que implican medidas de control apropiadas y suficientes, además de las indagaciones y demás procedimientos que deben cumplir para elaborar los

⁵⁹¹ Decreto 1497/02, art 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, num 6; Circular Externa 1536/13 de la SINR.

⁵⁹² Decreto 1957/01, art 1 y 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 6, 7, 8; Circular Externa 1536/13 de la SINR.

⁵⁹³ Decreto 1957/01, art 1 y 2; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 2, 5, 6, 8; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.

⁵⁹⁴ Ley 526/99, art 10; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 2, 6, 7, 8.

⁵⁹⁵ Ley 526/99, art 3 inc 1; Decreto-ley 663/93, art 102 num 2 lit d (mod Ley 526/99, art 11 inc 1); Decreto 1957/01, art 1; Decreto 1497/02, art 3 inc 2, art 4; Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 1, 2, 6, 7, 8, 11; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.

⁵⁹⁶ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 6 y 11; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1.

informes para la UIAF⁵⁹⁷. Es decir, deben adelantar actividades de inteligencia frente a los negocios autorizados, las cuales se presentan dentro del contexto de las actividades diarias de la Notaría⁵⁹⁸. Esa actividad de inteligencia con fines de información tiene amparo legal, para que no haya ningún tipo de responsabilidad por la información reportada⁵⁹⁹, además de ser reservada por mandato legal; la información y los documentos recaudados, así como el reporte que se haga de ellos, se hace bajo reserva legal. Esta es una actividad secreta⁶⁰⁰. Además está bajo sanción penal, en algunos casos, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 1357 de 2009, que modificó el artículo 325 A de la Ley 599 de 2000, por omitir reporte sobre transacciones en efectivos por aquellos sujetos sometidos a control de la UIAF⁶⁰¹.

Lo anterior tiene clara expresión en el artículo 39 de la Ley 1621 de 2013, pues “Los servidores públicos de los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, están obligados a guardar la reserva en todo aquello que por razón del ejercicio de sus actividades hayan visto, oído o comprendido. En este sentido, los servidores públicos a los que se refiere este artículo están exonerados del deber de denuncia y no podrán ser obligados a declarar.” Por ello, “La información que recaude la UIAF en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis estará sujeta a reserva, salvo que medie solicitud de las fiscalías con expresas funciones legales

⁵⁹⁷ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 7, 8 y 15; Circular Externa 1536/13 de la SINR, inc 3.

⁵⁹⁸ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 16.

⁵⁹⁹ Instructiva Administrativa 8/07 de la SINR, inc 12; Ley 190/95, art 42; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1.

⁶⁰⁰ Ley 526/99, art 1, inc 3 y 4; Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 7.2.1.; Decreto-Ley 663/99, art 105, inc 2 y 3.

⁶⁰¹ Ley 599/00, Art 325-A. *Omisión de reporte sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo.* <Art mod. por el art 4, Ley 1357/09: Aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirán, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

para investigar lavado de activos o sus delitos fuente, financiación del terrorismo y/o legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio quienes deberán mantener la reserva aquí prevista.”, de conformidad con el párrafo del artículo 34 de la misma ley, que modifica el inciso 4 del artículo 9 de la Ley 526 de 1999.

Al examinar las actividades que se establecen para evitar manejo de fondos cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas⁶⁰², se encuentra la misión especial de seguimiento a ciertos negocios jurídicos que demanda especial atención y supervisión por parte del Notario, entre los que están los del sector inmobiliario e inversión en finca raíz, y en forma general, contratos y actos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función que puedan constituir indicio o prueba de lavado de activos o financiación del terrorismo, procedentes de actividades delictivas o de su financiación. En otras palabras, deberán examinar con especial atención cualquier operación, con independencia de su cuantía, que por su naturaleza pueda estar particularmente vinculada al lavado de activos o a la financiación del terrorismo; en particular, toda operación compleja, inusual o que no tenga un propósito económico o lícito aparente.

Todo esto implica desplegar una actividad que va más allá de la de técnico-documentador-testigo, como regulador del negocio jurídico, pues ante el Notario se fijan los hechos que se establecen por los comparecientes, con la finalidad de dar seguridad jurídica a lo convenido ante el notario y que éste autoriza con su firma dándole vida a la Escritura Pública. La razón que anima las nuevas tareas

⁶⁰² Decreto-ley 663/93, art 102 num 2 lit d (Mod Ley 526/99, art 11 inc 1); Dec 1497/02, art 3; Circular Externa 1536/13 de la SINR, inc 2.

puestas a los notarios es *“Para combatir las organizaciones delincuenciales y el deseo que tienen de utilizar los diferentes sectores de la economía para canalizar recursos provenientes de actividades delictivas, es necesario combinar las labores de inteligencia con los medios tecnológicos e intercambiar información entre los Estados y sus instituciones”*⁶⁰³. Cometido al cual están sometidos los notarios desde 2007.

Se concluye que no existe atenuante para describir la actividad de policía secreta que se obliga cumplir a los notarios en ejercicio de la función notarial, como un elemento más de la labor de inteligencia financiera que desarrolla la UIAF, como componente de la comunidad de inteligencia del Estado colombiano. Según la Ley de inteligencia, esa comunidad es la única autorizada para realizar este tipo de actividades y lo hace sometida a los postulados de la misma ley⁶⁰⁴.

2.1 La delegación fedataria no admite cumplir actividades de policía como las de inteligencia e información.

La delegación que el Estado radica en el Notario para establecer la verdad oficial de todo aquello que lleve su firma, en señal de haber sido autorizado, tiene por finalidad fijar hechos e imponerlos como ciertos, generando seguridad jurídica al tráfico jurídico y comercial, cuya finalidad es la prevención de litigios. Es decir, la fijación de los hechos establecidos por las partes en una Escritura Pública, por ejemplo de compraventa de bienes inmuebles, da por cerradas disputas sobre la causa y el objeto del contrato, las formalidades, los comparecientes, etc., con la salvedad de la tacha por falsedad.

Se entiende, entonces, que la autorización notarial es la certeza de que el negocio jurídico se realizó con pleno respeto del ordenamiento jurídico; porque de no ser

⁶⁰³ Introducción de la Guía sobre Prevención del Riesgo de Lavado de Activos y la Financiación del terrorismo en el sector Notariado de la UIAF.

⁶⁰⁴ Ley 1621/13, art. 3.

así no podría haber sido autorizado al no poder fundarse el ejercicio fedatario de que está investido el notario y, en consecuencia, quedar en entredicho la seguridad jurídica preventiva que sustenta la función notarial. Por lo que se puede afirmar que la regla del “todo o nada” sustenta la certeza de lo ocurrido ante el notario, al no tolerar la seguridad jurídica resquicio jurídico alguno en la autorización de un negocio. No cabe entonces el reporte de operaciones sospechosas en los términos del Decreto 1957 de 2001, la Instructiva Administrativa 8 de 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013, ambas de la SINR, y demás normas, al ir en contravía de la consecuencia jurídica que contiene el ejercicio fedatario, cual es la seguridad jurídica preventiva.

La seguridad jurídica del acto o negocio jurídico puesto a consideración del Notario por las partes contratantes, es el bien jurídico que protege y/o realiza el Notario en todas sus actuaciones y que para el caso en particular de las Escrituras Públicas de compraventa inmobiliaria es más apremiante. La seguridad jurídica se protege con la prevención de litigios al autorizar solo aquellos negocios que cumplen a plenitud el ordenamiento jurídico; y se realiza con la disposición de derechos ciertos, indiscutibles e incuestionables, que no permitan trabar procesos por la ilicitud del objeto o de la causa o por los comparecientes, etc.

La Ley de Inteligencia del Estado colombiano⁶⁰⁵ define a la UIAF como uno de los organismos que conforman la comunidad de inteligencia; comunidad que se crea como los únicos autorizados para desarrollar actividades de inteligencia y contrainteligencia. Define la función de inteligencia como aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con objetivos y fines específicos, entre los que se encuentran el lavado de activos y el terrorismo.⁶⁰⁶ El cumplimiento de esta función se soporta en

⁶⁰⁵ Ley 1621/12, art 3.

⁶⁰⁶ Ley 1621/12, art 2 y 4.

actividades de policía que se ejecutan por servidores o funcionarios que hacen parte de la red establecida para ello, en donde la función de informar ha de ser reservada, oportuna y eficiente, propia de la policía secreta.

Entonces, la seguridad jurídica preventiva, como fundamento y finalidad de la función pública notarial, no es protegida por la UIAF, al constituir al Notario en agente recolector de información o como agente en actividad de inteligencia para el reporte de los negocios jurídicos autorizados que sospecha son ilícitos. No se puede entender como la imposición de la verdad oficial que hace el Estado por medio del delegado notarial, pueda ser conraindicada por el mismo Estado.

Por tanto, hay que afirmar que no cabe en la función notarial actividades diferentes a las fedatarias -incluidas las actividades previas-, por lo que después de autorizada la Escritura Pública nada más cabe hacer, salvo la custodia de lo actuado con los anexos protocolizados.

La función fedataria no permite actividades de policía como la función de inteligencia para el reporte de la información que reclama la UIAF, que tiene como consecuencia cuestionar el negocio jurídico que ha obtenido dación de fe por causa u objeto lícito, por ejemplo.

Se concluye, por tanto, que las actividades de policía son incompatibles con la función notarial o fedataria, al quedar esta desnaturalizada con actividades que cuestionan la seguridad jurídica que buscan los otorgantes con la intervención del Notario. La delegación fedataria es una y única y es la misión que cumple la persona investida como Notario; por lo que el papel de informante, como la persona que transmite datos respecto de algo o alguien, desnaturaliza la función notarial. Pues, ante alguna inconsistencia, sólo le queda al notario el rechazo de la autorización.

3. El notario es parte interesada en la Escritura Pública de compraventa inmobiliaria según el GAFI.

Definidas las nuevas funciones que se han impuesto a las Notarías con el deber de regular la adecuación legal del negocio jurídico, además de la obligación de diseñar mecanismos de prevención y control de actividades asociadas al Lavado de Activos que minimicen y definan medidas de control del riesgo, tienen la obligación de reportar a la UIAF cuando sea advertida alguna operación sospechosa⁶⁰⁷. Esta obligación se cumple con el deber de implementar el Sistema Integral de Prevención y Control del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SIPLAFT) en el que se contemplan las actividades que se realizan a través de la Escrituras Públicas en desarrollo de la función notarial⁶⁰⁸.

El Notario ha de regular el cumplimiento del ordenamiento jurídico, principalmente de lo ordenado en el Decreto reglamentario 1957 de 2001, la Instructiva Administrativa 8 del 2007 y la Circular Externa 1536 de 2013, éstos dos últimos actos expedidos por la SINR. La elaboración de la Escritura Pública y su posterior autorización, están constituidos en “coto de caza” para atrapar operaciones sospechosas que puedan estar asociadas a actividades delictivas; así se constituye la actividad del Notario en una obligada barrera de contención de riegos asociados a los mencionados delitos.

Por lo tanto, ya no es la mera labor documental y de regulación legal del Notario de la cual da fe con la autorización de la escritura, sino que a pesar de la función fedataria ya cumplida, tiene el interés de encontrar información para cumplir la obligación de reporte dentro del marco operativo establecido en las normas mencionadas.

⁶⁰⁷ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 4.1.2.

⁶⁰⁸ Circular Externa 1536/13 de la SINR, num 4.

Conforme a lo anterior, se desborda la función notarial que caracteriza al notariado tipo latino al cual está inscrito el sistema notarial colombiano, al constituir al Notario en recolector de información que interesa a la UIAF como organismo de inteligencia financiera del Estado; y sobre todo, con la obligación que tiene, *so pena* de sanción, se convierte en interesado en el cumplimiento de las funciones notariales de recepción, extensión, otorgamiento y autorización para encontrar información que reportar.

4. La función notarial en el Estado Social de Derecho.

Se hace necesario mirar la manera como la función notarial es desnaturalizada a la luz de la adopción de las normas GAFI sin algún sentido crítico. Se cierran los ojos para recibir aquello que se impone desde las políticas del FMI y el BM, para ser procedimentalizado en la estructura democrática y adoptada como norma interna.

A continuación se procede a establecer lo desarticulado de las nuevas funciones que se han dado como obligación del Notario en su función de autorización de Escrituras Públicas dentro del Estado social de derecho; al establecerlo como agente informante dentro de la comunidad de inteligencia y contrainteligencia del Estado, es constituido en la antítesis de la confianza social que durante siglos se ha edificado alrededor de la función pública notarial, con la credibilidad institucional en ella y la confianza personal en la figura del Notario. La autorización notarial es el culmen de la legalidad y en consecuencia de la seguridad jurídica, lo que es diluido con las nuevas funciones aquí expuestas.

Veamos, entonces, cómo se relegan los principios de buena fe, de legalidad, de seguridad jurídica y de garantía de la propiedad como derechos constitucionales en un Estado social de derecho.

La función del notario como particular delegatario del Estado en cumplimiento de funciones públicas, se desarrolla bajo la configuración del Estado Social de Derecho, en el que los compromisos trascienden la mera legalidad al tener como referente la vinculación a la norma constitucional. Así tenemos que “La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.”⁶⁰⁹. Es decir, la validez material de la norma legal está sometida al amparo constitucional.

La Corte Constitucional ha dicho que “La Carta señala en sus primeros artículos que Colombia es un Estado social de derecho, que además de ser democrático, participativo y pluralista, está fundado en la dignidad humana, se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Estos enunciados no son proclamas retóricas sin efectos normativos sino que establecen las fórmulas constitucionales básicas, que definen la naturaleza de nuestra organización institucional y delimitan las relaciones que existen entre los ciudadanos y las autoridades. Esas primeras normas condensan la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, y por tanto representan los principios esenciales que irradian todo el ordenamiento constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular. Por ello el intérprete de la Carta encuentra en estos principios o fórmulas constitucionales básicas unos criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas constitucionales más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional”. Y agrega que “Los derechos de las personas representan límites que deben ser respetados por el Estado cuando busca alcanzar objetivos de interés general,...”. Igualmente señala que los derechos constitucionales tienen eficacia normativa en el

⁶⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-747/98, MP E. Cifuentes M.

reconocimiento de que “no pueden ser disueltos en un cálculo utilitarista... Esta Corte ha señalado que no pueden condicionarse la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías y a su compatibilidad con los objetivos de interés general,...”⁶¹⁰.

Así queda por advertir que la función pública notarial tiene rango constitucional, concretada en la consecuencia lógica de seguridad jurídica que se impone a través de la verdad oficial en el instrumento público notarial. La seguridad jurídica preventiva, sustrato de la función fedataria del notario, se encuentra con el amparo del Estado constitucional de derecho al tener como mandato de la Constitución que el Estado garantiza los derechos sobre la propiedad privada adquiridos con arreglo a las leyes civiles⁶¹¹. El ejercicio efectivo de éstos derechos es garantizado y constituye uno de los fines esenciales del Estado⁶¹².

Además de lo anterior, cuando el particular en previo acuerdo con otro, quiere fijar hechos con trascendencia y efectos jurídicos previstos, recurre a la institución notarial para la seguridad jurídica que brinda la regulación legal y la consecuente autorización, con la confianza de que es el Notario el único medio previsto para ello.

Entonces, el Notario tiene como mandato la seguridad jurídica preventiva, construida en la regulación legal del negocio jurídico y certificado con la autorización notarial, en la que se afirma que la Escritura Pública de compraventa de bienes inmueble es contentiva de la certeza de las personas otorgantes, de la fecha y de las declaraciones de voluntad de los comparecientes o de los hechos fijados y las consecuencias jurídicas queridas por las partes, conforme a lo que el Notario oye, ve o percibe, como garantía efectiva del Estado. Es por ello que el

⁶¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-251/02, MPs E. Montealegre L. y C. I. Vargas H.

⁶¹¹ Constitución Nacional de 1991, arts 1, 4, 58, inc 1 y 83.

⁶¹² Constitución Nacional de 1991, N art 2.

instrumento notarial tiene la verdad oficial que el Estado impone para la seguridad del tráfico jurídico y comercial de bienes.

No es una consideración arbitraria ni de arbitrio la autorización notarial: es el cumplimiento de las exigencias legales para la adquisición y disposición de derechos, los cuales garantiza de manera efectiva la Constitución, por medio de las autoridades instituidas en el Estado.

La construcción social de la institución notarial vincula su actividad a la confianza colectiva: el notario es el guardián de la fe pública, el garante de la autenticidad y confianza de la validez de los documentos o actos que el Estado considera de refugio público⁶¹³; los servicios públicos “se encuentran a cargo del Estado” pues ellos son “inherentes a la finalidad social”⁶¹⁴; de la función pública se espera que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que aseguren legitimidad y buena imagen⁶¹⁵. Por lo tanto, la fe pública es un poder del Estado que se ejecuta a través, entre otros, de la Escritura Pública⁶¹⁶. De esta manera se asegura el servicio público de la autorización notarial.

El documento que elabora el Notario se introduce en el proceso de seguridad que el Derecho supone es pieza importante en el sistema jurídico total del que el Estado es garante: “es la seguridad jurídica, valor sustancial de la Constitución: ... son bienes y valores jurídicos...” (seguridad jurídica como un valor inherente al Estado de Derecho). La seguridad jurídica es introducir el acto o contrato autorizado en la plenitud de la vida jurídica, incluirlo en una totalidad donde pueda

⁶¹³ Manuel Gaona Cruz. *Estudios Constitucionales*, citado por Ocaris Úsuga Varela. Estatuto del Notariado Colombiano.

⁶¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-037/03, MP A. Tafur; Corte Constitucional, Sentencia C-367/96, MP J. C. Ortiz.

⁶¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-631/96, MP A. Barrera

⁶¹⁶ Instrucción Administrativa 22/95 y 23/95 de la SINR.

cumplir todos sus fines y donde ayude a que las demás piezas del sistema jurídico también lo cumplan⁶¹⁷.

La seguridad jurídica preventiva se presta antes y se concreta con la autorización; después no lo sería. Y entraña una serie de competencias, por lo que se espera del notario certeza en la aplicación del Derecho con lo que se garantizan las consecuencias queridas por las partes. Lo contrario será seguridad jurídica represiva, por la intervención de la jurisdicción.

La seguridad jurídica como valor inherente al Estado de Derecho supone claridad de las normas y no arbitrariedad del Estado; está en relación directa con el principio de legalidad, en el que el control legal del notario es formal y material, para que su actuación sea verdadero derecho preventivo, sirva de fundamento a la vida social y económica. Por ello, el derecho notarial como medio de certificación de verdad requiere de certeza y no de mera creencia o sospecha. Así se constituye el Notario en autor de las convenciones y de la Escritura Pública, siendo esencial la relación entre el documento y el Notario, toda vez que la función fedante gira en torno al documento.

El valor de la Escritura Pública no requiere de reconocimiento posterior, surge de la autorización; por lo tanto, la certeza de su contenido no se somete al discernimiento del juez, salvo que sea impugnada por falsedad. En ella quedan los hechos percibidos por el Notario y demás actos con trascendencia jurídica, y se autoriza lo que se lee y firma. Desde este momento el documento se independiza de su autor para hacer parte del sistema jurídico.

⁶¹⁷ Pilar Blanco-Morales L. Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica. En Jesús Julián Fuentes M. *Op. Cit.*, p. 20 a 25.

Como ya se ha dicho, las cosas que sean objeto de una declaración de voluntad ante el Notario tienen que ser moralmente posibles –no prohibidas por las leyes– no contrarias a las buenas costumbres o al orden público (Código Civil art 1518).

Se ha definido por la Ley el objeto ilícito: cosas fuera del comercio, derechos o privilegios intransferibles; en definitiva, todo contrato prohibido por las leyes (Código Civil art 1521 y 1523) y la causa real y lícita de un acuerdo; por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. El mismo orden jurídico pone como ejemplo de causa irreal la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita (Código Civil art 1524).

Tomando de la sentencia C-479 de 1992, la fórmula Estado Social de Derecho, en donde la seguridad jurídica se proporciona desde el principio de legalidad, en el cual están en juego principios y directrices de la gestión pública como son la eficacia de su actividad y la eficiencia de quienes la tienen a cargo. "Por ello, la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general; y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal en su resultado"⁶¹⁸.

Así mismo señala que la eficiencia significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de la actuación de la administración. El Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada gestión, de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias de la comunidad.

⁶¹⁸ Corte Constitucional en sentencia C- 479/92 cita a Luciano Parejo Alfonso. *Estado Social y Administración Pública*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1.982. p. 143y 145.

Es indiscutible que la autorización notarial es la concreción de la eficacia del Estado en procura de la seguridad jurídica preventiva, como medio para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, logrado con la función de asesoramiento y consejo y control de legalidad de los negocios jurídicos puestos a regulación del notario; el cual se ve compelido por el principio de presunción de buena fe del particular y la confianza legítima en la certeza del derecho aplicado y certificado con la autorización notarial. La función notarial satisface el fin encomendado con la eficacia en la seguridad jurídica preventiva y la eficiencia del servicio notarial, en garantía de derechos constitucionales, pues su materialización es de interés general. “Una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas es... la preservación del orden público y de la convivencia pacífica, no solo porque así lo establece el artículo 2 de la Carta, sino además porque esos elementos son condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades”⁶¹⁹.

4.1 Exigencia constitucional.

Como ya se expuso: “La expectativa que se dirige al notario es la de crear situaciones de confianza en el tráfico jurídico-Económico”⁶²⁰.

Ello es así. El Notario y la función notarial están en la estructura social definida por las expectativas de seguridad y confianza de quienes son usuarios de los servicios notariales y de la totalidad de la sociedad. Ello porque el notariado es una construcción social. Ese conjunto de expectativas ha trascendido a normas legales y reglamentarias que rigen la función pública notarial definiendo las obligaciones jurídicas propias. Pues, “en virtud de tales obligaciones el notariado aparece, en particular, como una de las llamadas “instituciones positivas”; al Notario se le dirige una expectativa de eliminación de posibles controversias judiciales: ‘es lo

⁶¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-251/02, MPs E. Montealegre L y C. I. Rojas H.

⁶²⁰ Jesús-María Silva Sánchez. La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro. En Jesús Julián Fuentes M. *Op. Cit.*, página 7, p. 263.

que llega a denominarse administración de justicia preventiva y justifica la posición pública del notario⁶²¹.

El principio de la buena fe⁶²² como mecanismo de protección y aplicación de los derechos, impone los mandatos de obrar con honestidad, lealtad y sinceridad, tanto para las autoridades en el desarrollo de sus funciones como para los particulares en el ejercicio de sus derechos y deberes. En las autoridades, esos mandatos van revestidos del principio de legalidad, con el que la omisión como la extralimitación de funciones son sancionadas, quedando la prestación del servicio público notarial ceñido a la garantía de la seguridad jurídica preventiva. Para esta garantía, las exigencias legales en la ejecución de los trámites notariales materializan la prevención de litigios como finalidad de la autorización notarial. En los particulares, *“mientras no obre prueba en contrario, la presunción de la buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume”*⁶²³, de donde no es el criterio subjetivo del notario ni mucho menos alguna liberalidad lo que sirve de soporte para desconocer la presunción de buena fe. Por el contrario, es el Estado al que le corresponde demostrar que el particular no actuó con la debida probidad y cuidado o no cumpliendo las exigencias del ordenamiento jurídico. El contenido del artículo 83 superior, señala el criterio objetivo de la prueba en contrario que descalifique la buena fe, como necesario para el decaimiento de la presunción.

En la sentencia C-071 de 2004⁶²⁴ se dijo que “En este sentido el hecho de que se celebren u otorguen las escrituras aludidas no puede llevar a presumir que con ellas se esté actuando en contra del Estado, de mala fe, o incluso buscando cometer un acto ilícito, pues puede que efectivamente ello sea así pero igualmente puede ser que la actuación de quienes concurren a la celebración de dichas

⁶²¹ *Ibíd.*, p. 262 a 264.

⁶²² Constitución Nacional de 1991, art 83.

⁶²³ Corte Constitucional, Sentencia C-840/01, MP J. Araújo R.

⁶²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-071/04, MP A. Tafur G.

escrituras esté determinada por motivaciones diferentes, enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico y son estas las que precisamente han de presumirse.

(Subrayas fuera texto)

Lo anterior señala, nuevamente, la exigencia constitucional de elementos probatorios que desvirtúen la buena fe en el otorgamiento de una Escritura Pública; de lo contrario, ha de entenderse que el ordenamiento jurídico es el referente dentro del cual se desarrolla la autonomía de la voluntad, respetando al Estado y los intereses de terceros.

De ahí que el Notario como autoridad pública ha de orientar su función de modo que el servicio público que presta constituya la esencia del servicio delegado, realizado como conviene en razón de ser autoridad notarial. Pues el principio de buena fe, como norma, tiene la importancia de ser fuente directa de derechos y obligaciones. Por ello se reclama de los sujetos un mínimo de recíproca lealtad y mutua colaboración para preservar los intereses legítimos y alcanzar las finalidades merecedoras de tutela jurídica. Así, la finalidad domina la buena fe: califica el comportamiento integral del particular y de los agentes del Estado; pero en la administración pública, se concreta la garantía de efectividad del servicio público prestado en la protección y aplicación de los derechos, con la prevalencia del derecho sustancial. El compromiso del funcionario, (y para este caso del notario), con la finalidad de su competencia se vincula en las obligaciones materiales; por eso la importancia que para el ejercicio y goce de los derechos que la Constitución reconoce a la persona, tienen las autoridades públicas como garantía constitucional que representa la buena fe. Por tanto se afirma en la jurisprudencia que el principio de la buena fe está para que "ilumine" la totalidad del ordenamiento jurídico "y lo haga a título de garantía del particular ante el universo de las actuaciones públicas. Busca que en el campo de la administración

prime "el criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia"⁶²⁵.

De igual manera, dice la jurisprudencia que el principio de confianza legítima es una derivación directa de los principios de buena fe y de seguridad jurídica y de la teoría del acto propio; el cual "adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado", por lo que la confianza en las actuaciones de la administración son jurídicamente exigibles; digna de protección y debe respetarse⁶²⁶.

El principio de confianza legítima se soporta en la presunción de legalidad de la actuación de la administración a través de actos concretos, con los que se crean expectativas legítimas; por tanto, no es legítimo que las autoridades públicas vayan en contrario de como se espera que actúen⁶²⁷.

Conforme a la jurisprudencia, la confianza legítima tiene como elementos la existencia de una relación jurídica (i), la existencia de una palabra dada (ii), la conformación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes (iii) y la actuación diligente del interesado (iv). Es así que con lo dicho se puede afirmar que los elementos que estructuran el principio de confianza legítima, *mutatis mutandis* pueden ser tomados para la garantía de la seguridad jurídica preventiva de la cual es garante el Notario, en el que se "impone a las autoridades "el deber de ser coherentes en sus actuaciones y respetar los compromisos adquiridos ..."⁶²⁸; compromisos que para el caso del notario están certificados con la autorización de la Escritura Pública.

⁶²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-538/94, MP E. Cifuentes M.

⁶²⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-360/99, MP A. Martínez C.

⁶²⁷ Andrés F Mesa Valencia, *El principio de buena fe: el acto propio y la confianza legítima*. U de A. 2013. p 35 y 37 (cita T-566/09).

⁶²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-462/04, R Uprimny Y.

Así tenemos que⁶²⁹:

*La existencia de una relación jurídica. Esta relación se pone de presente en la autorización de la Escritura Pública para que quede en el universo jurídico del Estado, concretada en la seguridad jurídica para el tráfico bienes.

*La existencia de una palabra dada. Está presente en el principio de legalidad en el que la existencia de la Ley regla de manera particular cada negocio jurídico que regula el Notario, con lo cual se funda la seguridad jurídica que representa la Escritura Pública.

*La conformación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes. Así se hace referencia a la Ley que regula el tipo de negocio jurídico y que se constata previa al mismo, -con la cual se ha regulado un número infinito de Escrituras Públicas-, regula el acto actual, con vocación de regular futuras Escrituras Públicas.

*La actuación diligente del interesado. En el negocio notarial, la diligencia de los otorgantes está sustentada en el acopio de los documentos y demás exigencias de ley para que el Notario regule el negocio jurídico, redacte la Escritura Pública y la autorice.

Se puede advertir que para la función notarial que autoriza la Escritura Pública de compraventa de bienes inmuebles, el principio de confianza legítima gobierna las relaciones entre los particulares y la autoridad notarial. Al ser este principio una derivación del principio de buena fe, en el que solo la existencia de prueba en contrario la desvirtúa; y del principio de seguridad jurídica que se funda en la legalidad de la actuación de la autoridad pública, se impone la certeza de la autorización como acto final y eficaz en el cumplimiento de la finalidad para la cual está instituida la función notarial: la seguridad jurídica preventiva. Por lo tanto, las actuaciones del notario están protegidas y se exige su respeto, el cual será jurídicamente exigible.

Bajo la exigencia del principio de confianza legítima, el Notario no debe ni puede desdecir de la autorización notarial con la cual crea la Escritura Pública; de modo

⁶²⁹ Andrés F Mesa Valencia, *El principio de buena fe: el acto propio y la confianza legítima*. U de A. 2013. p. 41.

que no puede ni debe reportarla como acto de operación sospechosa. Este reporte es violatoria de los derechos constitucionales que amparan a los otorgantes de la Escritura Pública; viola el principio de legalidad de la actuación de la administración pública y en consecuencia de la garantía constitucional de la seguridad jurídica; viola la garantía de proteger la propiedad adquirida con arreglo a leyes civiles⁶³⁰, y, en fin, es violatoria del principio de la buena fe, que además de ser un medio de protección y aplicación de los derechos que la Constitución le reconoce a las personas, solo se desvirtúa con prueba que demuestre la mala fe del particular en su actuación ante el Notario; pero igualmente, se exige de la autoridad administrativa actuar de buena fe⁶³¹.

Y en este punto, por la naturaleza de la actividad del notario y la finalidad de la función notarial, es más alto el grado de exigencia en la labor que cumple el Notario, pues no se puede esperar de él que actúe, en algún momento, de mala fe cuando se trata de construir y autorizar la Escritura Pública como un instrumento de confianza y paz social. No se admite que la función notarial se utilice como “coto de caza” para acorralar presuntos violadores de la ley. Si en la construcción de la Escritura Pública no se cumple el ordenamiento jurídico, no puede haber autorización; hacerlo constituye violar la ley.

La actuación del notario como agente secreto de inteligencia financiera después de autorizada la Escritura Pública, destruye los cimientos de la función pública notarial, pues esa es una actividad de policía que no soporta la delegación fedataria que le entrega el Estado; que desborda el marco constitucional de la función de autorización notarial.

5. El rechazo de la Escritura Pública es obligación constitucional del notario.

⁶³⁰ Constitución Nacional de 1991, art 2 y 58 inc 1.

⁶³¹ Constitución Nacional de 1991, Art 83.

Entendida la imbricación jurídica que tiene la Escritura Pública en el Derecho y en el sistema jurídico del Estado, se sobreentiende que las funciones son de capital importancia; de ello viene, también, la importancia del control de legalidad de que está armado el Notario al hacer la regulación legal de la escritura que autoriza.

Se tiene entonces que la función de la Escritura Pública es realmente como medio de prueba legal en el campo procesal y extraprocesal; medio de constitución, extinción o modificación de relaciones jurídicas; medio para conseguir la certeza jurídica; medio de legitimación y eficacia del documento en el campo del tráfico jurídico; medio de publicidad. Todas las funciones que cumplen el documento notarial y algunos más en el orden de los efectos traditorios, ejecutivos, etc., son manifestaciones de su eficacia en los distintos ámbitos de su influencia⁶³².

La función pública del notario es la de dar fe pública en los documentos que autoriza. Por eso, resulta incorrecto jurídicamente –en contra de lo que sucede con cierta frecuencia en el foro– acordar la declaración testifical del notario sobre su intervención como funcionario público. Respecto del documento que autoriza, el Notario no sabe no debe saber nada más que lo que en él ha hecho constar. El medio de prueba pertinente sobre ello es el propio documento (prueba documental pública) y no el testimonio del notario (prueba testifical)⁶³³.

La facultad concedida por la Ley al Notario para ejercer el control de legalidad⁶³⁴, en el aspecto de mayor alcance y significación, lo faculta para negar la autorización de la escritura⁶³⁵, y aun se le impone la obligación de hacerlo cuando de su contexto aparezca la existencia de una causal de nulidad absoluta, o cuando emane de las declaraciones de las partes, o se deduzca de pruebas fehacientes

⁶³² Manuel Cubides Romero. *Derecho notarial colombiano*. Bogotá: Señal Editora, 1978, p 176.

⁶³³ Vicente Grima Lizandra. El deber de secreto notarial y su colisión con otros deberes. En Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La Función notarial y el derecho penal*. Pamplona. Thomson Civitas. 2007, p 249.

⁶³⁴ Decreto-Ley 960/70, art 6; Decreto 2148/83, art 3 y 17.

⁶³⁵ Decreto-Ley 960/70, art 21, (mod Dec 2148/83, art 35).

que tenga a su alcance y conocimiento el Notario, o surja de hechos que ve, oye o perciba directamente dentro del proceso de perfeccionamiento. Es imperativo lógico, jurídico y racional, suponer que si el Notario tiene por función y finalidad dar seguridad jurídica a los negocios entre particulares, no pueda pasar inadvertido el objeto o la causa ilícita manifiesta en las declaraciones de las partes; o que deba presenciar impasible que se ejerza en su presencia fuerza física o psicológica sobre alguno de los otorgantes para obtener su consentimiento; o, finalmente, que se transgreda abiertamente un mandato legal, etc.

Se trata es de impedir, que a sabiendas, se incurra en una causal de nulidad absoluta, ostensible y patente –que no requiere juzgamiento sino percepción– lo que da igual que se funde en una u otra de las causales específicas que señala la ley con idénticos efectos. Igualmente, no puede decirse que la única causal perceptible sea la incapacidad absoluta y que las restantes, aunque aparezcan de manifiesto en el acto, deban pasarse por alto; pues se trata de evitar que se produzca la nulidad y que sea necesario declararla; esto se impone como un servicio cautelar propio de la función notarial. Lo dicho se presenta como una aplicación preventiva del principio que consagra el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, cuando permite la declaración oficiosa de la nulidad que aparece manifiesta en el mismo acto o contrato, y dentro de las cuales se señala la causa y el objeto ilícito, como lo señala el profesor Manuel Cubides Romero⁶³⁶.

Lo anterior nos ubica en la actividad en la cual el Notario recibe información o percibe los hechos que son objeto del acto notarial, la cual no es otra que la audiencia notarial en la que se materializan las etapas de la recepción, la extensión y el otorgamiento; en ella, el asesoramiento y consejo a los comparecientes es condición previa a la adecuación legal del negocio, para luego hacer la redacción del documento que ha de ser asentido por los otorgantes y autorizado por el Notario.

⁶³⁶ Manuel Cubides Romero. *Op. Cit.*, p. 218 y 219.

Es entonces la audiencia notarial, el espacio en que el Notario redacta el documento y los otorgantes dan su asentimiento. Es el mismo momento en que se ejerce la función documentadora, técnica y testimonial que sustenta la autenticación como función final para que el documento entre al tráfico jurídico con la imposición de su contenido como verdad. Por lo tanto, es ineludible el conocimiento total del Notario de aquello que compone el negocio jurídico notarial que exponen las partes. Con lo conocido por el Notario en el transcurso de la intervención que se le haya solicitado, tiene la obligación legal de adecuar la voluntad de los comparecientes a los fines lícitos que se proponen alcanzar y ordenarla conforme al ordenamiento jurídico; y tiene el deber de rechazar todo aquello que vaya contra la ley. Esto es, no puede ser objeto de autorización lo contrario a ley y al orden público.

Para lo anterior, la información que reclama el Notario no puede ser otra que la necesaria para la regulación legal con la que ha de conformar el negocio, o exponerlo al rechazo de la autorización de la escritura cuando vaya en contra del ordenamiento jurídico. Por tanto, el haz de expectativas normativas que se le dirigen al Notario pasa por el deber de rechazo o denegación de la autorización de documentos con contenido antijurídico⁶³⁷. Y también infringe deberes institucionales cuando se presta a la documentación de negocios de contenido antijurídico⁶³⁸.

Como ya se ha expuesto, si el reporte de las operaciones sospechosas a que está obligado el Notario, está fundado en la creencia de estar el acto jurídico vinculado con actividades ilícitas como los delitos de lavado de activos y la financiación del terrorismo, lo cual significa estar el negocio jurídico relacionado con una causa u objeto ilícito, o simplemente contrario a la ley y al orden público, se impone el

⁶³⁷ Jesús-María Silva Sánchez. La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro. En Jesús Julián Fuentes M. *Op. Cit.*, p. 265 y 266.

⁶³⁸ Decreto-Ley 960/70, art 7.

rechazo de la autorización en respeto a la naturaleza que sustenta la función notarial y en cumplimiento del ordenamiento jurídico.

De donde se desprende que no tiene legitimidad y es contrario a la Constitución, autorizar la escritura para luego reportarla a la UIAF, pues esto implica cuestionar el negocio autorizado, quedando la seguridad jurídica como entelequia en sede notarial.

Actuar sobre sospechas en actuaciones notariales con dación de fe, es contrario al principio de presunción de la buena fe de los particulares cuando actúan frente al Estado (CN art 83); reportar la escritura autorizada es actuar contra el derecho de propiedad adquirido con arreglo a las leyes civiles (CN art 58); reportar como operación sospechosa una escritura autorizada es actuar en contra de la garantía del goce efectivo de los derechos adquiridos conforme al orden jurídico (CN art. 2); en fin, el reporte de operación sospechosa sobre la Escritura Pública que goza de autorización notarial, es desvirtuar el principio de la seguridad jurídica preventiva que se encuentra en la base de la función notarial.

En definitiva, se impone la seguridad jurídica que ampara la Constitución en los artículos 2, 4 y 58, antes que el reporte de una operación sospechosa en la escritura autorizada; en consecuencia, ante estos eventos de reporte se impone denegar la autorización de la Escritura Pública.

Y así se refiere Aliaga Méndez: La imparcialidad, la objetividad y la formalidad de la actuación del notario se ven profundamente alteradas con esta nueva forma de colaboración con la Administración. Con las obligaciones de información que se han impuesto a los notarios, la normativa de lucha contra el lavado de activos nos hace pasar de “chivatos” a “confidentes”, pues no se comunican datos, sino meras sospechas que, aunque sustentadas en rasgos, pueden ser inexactas, infundadas o erróneas. Y agrega que es un “Régimen especial que, por su carácter

excepcional, no creo que sea susceptible de generalizarse o extrapolarse a otras materias sin desnaturalizar el significado de la función notarial”⁶³⁹.

En el evento del reporte a la UIAF de la Escritura Pública autorizada, cabe contemplar el caso de que el delito lo constituya precisamente el acto o contrato que se instrumenta en el documento notarial. El notario debe negarse a autorizarlo, con un doble fundamento: primero, para cumplir con el deber de rechazar la autorización notarial cuando, a su juicio, el acto o contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes; y segundo, para no constituirse en cooperador (necesario o no) del delito cometido por los otorgantes⁶⁴⁰.

Lo anterior tiene otro fundamento en la Ley 526 de 1999, en la razón de ser de la UIAF, la que tiene como objetivo la prevención y detección de operaciones que puedan ser utilizadas como instrumento para actividades asociadas al lavado de activos. Es decir, con la autorización se perfecciona el documento notarial, el mismo con el cual se comete el delito; así las cosas, con ese proceder no se cumplen el objetivo de prevenir las operaciones sospechosas; por el contrario, se ayuda a la realización. Una vez detectada la operación sospechosa se deniega la autorización notarial para prevenir el ilícito, con el objetivo, además, de garantizar la seguridad jurídica.

Entendido así, el Decreto 1957 de 2001 es contrario a la Ley 526 de 1999, al exigir el reporte después de la autorización.

De igual manera, la prevención es la misma finalidad de los instructivos de la UIAF y la SINR. Con relación a la primera, se expide la “Guía para la prevención del

⁶³⁹ Carlos Fernández De Simón Bermejo. La posición del notario ante los deberes de secreto profesional. En Jesús Julián Fuentes M. *Op. Cit.* p. 232.

⁶⁴⁰ Vicente Grima Lizandra. El deber de secreto notarial y su colisión con otros deberes. En Fuente M Jesús Julián Fuentes M. *Delitos económicos. La Función notarial y el derecho penal.* Pamplona. Thomson Civitas. 2007, p. 251.

riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector notarial” y para la segunda, se indica que se refiere exclusivamente al Sistema integral para la prevención y control del lavado de activos y la financiación del terrorismo (SIPLAFT) en el sector notarial, por razón del proceso de escrituración que se lleva en las Notarías.

6. A manera de propuesta.

Avistada la importancia de que la sociedad se movilice en contra de actividades delictivas en masa, como todas aquellas que se encuentra asociado al lavado de activos, se hace necesario encontrar el camino hacia ese propósito, salvo aquellos en los que se involucre la función fedataria de los notarios. Así, la misma Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR señala la alternativa posible.

La finalidad última del sistema normativo del GAFI es la prevención de la utilización abusiva de los servicios notariales, en la que los conceptos de prevención y control del riesgo definen la política contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Por lo tanto, la adopción de medidas represivas no hace parte de esos primeros mecanismos.

Entendida así la normativa GAFI, ¿Por qué se recurre al sistema notarial para articular mecanismos represivos que son innecesarios? Es que por su naturaleza y finalidad la garantía de la seguridad jurídica preventiva es la barrera natural contra las operaciones sospechosas, seguridad que se concreta en el rechazo de la autorización notarial, y así se previene la utilización abusiva del sistema notarial.

La Circular Externa 1536 de 2013 de la SINR incorpora la “Guía para la prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector notarial”, que contiene diferentes reportes que deben hacer los Notarios en cumplimiento de las políticas establecidas en el SIPLAFT para el sector notarial;

entre ellos se encuentra el Reporte de Operaciones Notariales (RON), con los que se deberán reportar todas las operaciones notariales solemnizadas a través de Escrituras Públicas. Esto significa que los reportes no tienen el señalamiento selectivo de ser operaciones sospechosas; sería un reporte indiscriminado de escrituras con la finalidad de constituir acopio para eventuales investigaciones, en las que ya no estaría involucrada la autorización notarial como presupuesto del reporte. Pues, tan contrario a la certeza notarial es la sospecha notarial, y en consecuencias no estaría el Notario desdiciendo de su propia autorización.

7. La responsabilidad del notario en la función notarial.

Frente a la responsabilidad del Notario por autorizar la Escritura Pública que atenta contra la seguridad jurídica preventiva (es decir, ir en contra el ordenamiento jurídico), es un tema que desborda las pretensiones de este trabajo. No obstante, se dejará planteada la discusión sobre la responsabilidad penal y patrimonial del notario en los delitos de terceros, bien en la comisión por omisión o en la comisión por acción.

En el primer caso, la comisión por omisión, el notario como garante de la seguridad jurídica preventiva, debe ejercer la función notarial de garantizar la materialización de los derechos adquiridos con arreglo a la ley y de las consecuencias jurídicas pretendidas por las partes en la escritura pública. Queda en la esfera de la responsabilidad penal la eficacia de esta función notarial. Además, le cabe responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados.

Es de conocimiento público que cada vez es mayor la utilización de la función notarial para la realización de actividades criminales por organizaciones al margen de la ley, en la que la seguridad jurídica está solventada por la confianza social en la institución notarial y el papel del Notario. Así es que respondería penalmente por la atribución del hecho punible asociado al lavado de activos o la financiación

del terrorismo, cuando estos se realizan usando como medio la Escritura Pública; esto por tener el Notario el dominio de una fuente de riesgo y ser garante de la seguridad jurídica de las partes. Si el Notario, en su condición y calidad de tal, observa circunstancias que configuran el reporte de una operación sospechosa, tiene el deber jurídico de rechazar la escritura.

Tomando a Fuentes Martínez⁶⁴¹, podemos decir que el notario como garante, se constituye en barrera de contención de riesgos para bienes jurídicos, por el principio general de libertad de acción. El garante actualiza su condición asumida de actuar ante un riesgo concreto: contiene el riesgo mediante una acción positiva. No actuar sería incumplir su deber de garante. En este caso se responde por comisión por omisión.

Así se puede decir que, en principio, la Constitución tiene establecido un deber jurídico para el ejercicio de la autorización notarial, al garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, en el que para la aplicación y protección de esos derechos se goza del cobijo que se establece en el principio de la buena fe y en consecuencia de la confianza legítima que acredita la institución notarial y, en particular el Notario, cuando hace ejercicio de la dación de fe al autorizar la escritura. Ese deber jurídico no es de menor valía, toda vez que con él se garantiza la seguridad jurídica en el tráfico de bienes; es decir, se previene la intervención judicial para reprimir el desconocimiento del ordenamiento jurídico. De ahí que, “notaría abierta, juzgado cerrado”.

De igual manera en el segundo caso, la comisión por acción o cooperación, es responsable el Notario al participar en la comisión del hecho punible cuando autoriza la Escritura Pública al estar determinado por el conocimiento de las posibles consecuencias jurídicas negativas que advierte y, con las cuales, soporta

⁶⁴¹ Jesús-Julián Fuentes Martínez. Control de legalidad notarial e ilícitos penales. En Jesús Julián Fuentes M. *Op. Cit.*, p. 58.

el reporte de operación sospechosa. Estas consecuencias configuran la obligación de rechazo de la autorización como garantía de la seguridad jurídica preventiva; de no hacerlo, contribuye a la configuración del delito, por el que también responde de manera penal y/o patrimonial.

De todo esto el único responsable es el Notario; es el único depositario de la fe pública por delegación del Estado, con la que se impone la verdad oficial en los documentos que autoriza. La autorización de la Escritura Pública de compraventa de bienes inmuebles es el testimonio con el que se indica que el contenido y las formalidades del documento se acogen a las exigencias legales y que los otorgantes son los mismos identificados en el documento. Dicho de otra manera, el Notario cuando autoriza la Escritura Pública habla por medio del contenido que hay en ella, pues nada más puede saber; porque de saber algo contrario al ordenamiento jurídico, a las buenas costumbres y el orden público, está obligado a negar la autorización por respeto a la Ley y la Constitución.

De igual manera y siguiendo a Fuentes Martínez⁶⁴², el notario tiene como función prevenir la ilegalidad mediante la denegación de la cooperación en la confección de la escritura, porque la función notarial es un mecanismo de seguridad y de su naturaleza es la seguridad jurídica preventiva. Así, la intervención del notario evita contaminar el tráfico jurídico con la incertidumbre. Es decir, la “puerta está cerrada”, no abrir la puerta si con ello se genera un riesgo relevante para bienes jurídicos. En este caso se responde por comisión activa.

⁶⁴² Ibid., p. 58.

BIBLIOGRAFÍA

Alberto Montaña Plata. *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010.

Alejandro Rebolledo. *Prevención y control de legitimación de capitales y del financiamiento al terrorismo*. Caracas. Vadell hermanos Editores. Segunda ed. 2009.

Alirio Virviescas Calvete. *Principios del derecho notarial*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. 2005.

Andrés Fernando Mesa Valencia. *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia. Mejores trabajos de grado U de A. Medellín*. 2013.

Antonio Manuel Peña Freire. *La garantía en el estado constitucional del derecho*. Madrid. Trotta. 1997.

Carlos David Cálix Vallecillo. *El delito de blanqueo de capitales en el código penal español*. Bogotá. Doctrina y ley Ltda. 2010.

Carlos Nicolás Gattari. *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires. Depalma. 1997.

Diccionario hispanoamericano de derecho. Grupo Latino Editores. Bogotá. 2008.

Elena. I Highton y Angélica G. E. Vitale. *La función notarial en la comunidad globalizada*. Buenos Aires. Rubinzal–Culsoni Editores. 2005.

Enciclopedia jurídica de Colombia. Editora Jurídica Nacional.

Emilio Calvo Baca. *Derecho registral y notarial*. Caracas. Ediciones Libra C.A. 2009.

Eric Tremolada Álvarez. *Vicisitudes del derecho internacional*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005.

Francisco J Sintura, Wilson Martínez y Fernando Quintana. *Sistema de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*. Bogotá. Legis. 2011.

Gonzalo A. Ramírez Cleves. *El derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. 2007.

Hernando A. Hernández Quintero. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá, 5ª edición. Ibañez. 2008.

Jacqueline Morand-Deviller. *Curso de derecho administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010.

Javier Zaragoza Aguado (Director). *Prevención y represión del blanqueo de capitales*. Madrid. Estudios de derecho judicial. 2000.

Jesús Julián Fuentes Martínez. *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Pamplona. Thomson-civitas. 2007.

Jorge Parras Benítez. *Estudio sobre la buena fe*. Medellín. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. 2011.

Jorge Ríos Hellig. *La práctica del derecho notarial*. Sexta edición. McGraw-Hill. 2005.

José A. Estévez Araújo. *El revés del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006.

Josep Aguiló Regla. *La constitución del estado constitucional*. Lima- Bogotá. Temis. 2004.

Juan Carlos Upegui Mejía. *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2009.

Luis M. Hinojosa Martínez. Javier Roldán Barbero. *Derecho internacional*. Madrid. Marcial Pons. 2010.

Luis Manuel Lombardero Expósito. *Blanquea de capitales*. Barcelona. Bosch. 2009.

Manuel Aragón Reyes. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. 1999.

Nicolás Vargas Otálora. *Procedimiento notarial y registral. Teórico- práctica*. Bogotá. Leyer. Decimocuarta ed. 2005.

Ocaris Usuga Varela y Adriana María Usuga Osorio. *Estudios de derecho notarial*. Medellín. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Segunda ed. 2011.

Ocaris Usuga Varela. *Estatuto del notariado Colombiano*. Medellín. L. Vieco e hijas Ltda. 2009.

Óscar Aníbal Giraldo Castaño. *Derecho administrativo general*. Medellín. Señal Editora. Octava ed. 2010.

Pedro Alfonso Hernández M. *Descentralización desconcentración y delegación en Colombia*. Bogotá. Legis. 1999.

Victoria Bernal Trujillo. *Guía de práctica notarial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006.

José Luís Aramburo Restrepo. *Derecho Notarial. Funciones y Responsabilidades*. Bogotá. Legis. 1999.

Jaime Arteaga Carvajal. *De los Bienes y su Dominio*. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1994.

Jorge Humberto Betancur E. *Aspectos sustanciales de la Extinción de Dominio*. Leyer.

Pablo Elias González Monguí. *Derecho Penal en las Relaciones Laborales Públicas y Privadas*. Legis.

Lorenza Correa Restrepo. *Actualización del Lenguaje. Curso Básico de Lengua Materna*. Editorial sello. Medellín. 2007.

Carlos Yaya Martínez. *Práctica Notarial y de Registro*. Ediciones Jurídica Radar. 1997.

María Teresa Palacio Criado y Jesús Julián Fuentes Martínez. *Judicatura y notariado ante los delitos económicos, Estudio de Derecho Judicial, 73*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006.

Sentencias:

Corte Constitucional C-1159/08, MP J. Araújo.

Corte Constitucional C-1040/07, MP M. G. Monroy.

Corte Constitucional C-076/06, MP J. Córdoba.

Corte Constitucional C-071/04, MP A. Tafur G.

Corte Constitucional C-825/04, MP R. Uprimny.

Corte Constitucional T-462/04, R Uprimny Y.

Corte Constitucional C-037/03, MP A. Tafur.

Corte Constitucional C- 094/03, MP J. Córdoba.

Corte Constitucional T-368/03, MP R. Escobar G.

Corte Constitucional C-251/02, MPs E. Montealegre L y C. I. Rojas H.

Corte Constitucional C-412/01, MP J. Cordoba T.

Corte Constitucional C-840/01, MP J. Araújo R.

Corte Constitucional C-1508/00, MP J. Charry.

Corte Constitucional C-399/99, MP A. Martínez.

Corte Constitucional C-561/99, MP A. Beltrán,

Corte Constitucional SU-360/99, MP A. Martínez C.

Corte Constitucional C-866/99, MP V. Naranjo M.

Corte Constitucional C-741/98, MP A. Martínez.

Corte Constitucional C-563/98, MPs A. Barrera C y C. Gaviria D.

Corte Constitucional T-578/98, MP A. Martínez.

Corte Constitucional C-093/98, MP V. Naranjo.

Corte Constitucional SU-250/98, MP A. Martínez,

Corte Constitucional C-496/98, MP E. Cifuentes M.

Corte Constitucional SU-747/98, MP E. Cifuentes M.

Corte Constitucional C-181/97, MP F. Morón.

Corte Constitucional C-367/96, MP J. C. Ortiz.

Corte Constitucional C-631/96, MP A. Barrera.

Corte Constitucional C-286/96, MP J.G. Hernández.

Corte Constitucional C-484/95, MP F. Morón.

Corte Constitucional C-617/95, MP A.

Corte Constitucional T-538/94, MP E. Cifuentes M.

Corte Constitucional C-024/94, MP A. Martínez.

Corte Constitucional C-479/92, MP J.G. Hernández y A. Martínez.

Concepto No. 2000023915-3. 15 de nov de 2000. Superintendencia Bancaria.

Consejo de Estado, Sección 1, 25 sep. 2003, r11001-03-24-000-2002-00092-01(7807), O. I. Navarrete.

Consejo de Estado, Sección Primero del 26 de octubre de 1990.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 21 Abr. 2010, s31848, MP M del R González.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 5Abr. 2001, r13943, citada por Ocaris Úsuga Varela. *Estatuto del Notariado Colombiano*. Medellín: L. Vieco e Hijos Ltda, 2009, p. 38.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 21 Abr. 2010, s31848, M del R González.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia de 8 de febrero de 1996.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 13 de junio de 1983.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 13 jun. 1993, citado por Ocaris Úsuga Varela. *Estatuto del Notariado Colombiano*. p 51.

CIBERGRAFÍA

www.cicad.oas.org.

www.gafisud.org

www.fatf.org

www.uiaf.gov.co