



SNR2013EE022712.

Consulta No. 3028 ante la Oficina Asesora Jurídica
Superintendencia de Notariado y Registro

Para: Doctor: **CARLOS DANIEL MERLANO RODRÍGUEZ.**

Asunto: **DECLARACIONES ANTE NOTARIOS CON FINES PENALES (JUDICIALES EN GENERAL).**

Radicación: **2013ER036439 Y 2013ER036400.**

Dirección: Carrera 42 H No. 85 – 135. Barrio *La Campiña*. Barranquilla.

Código: **CN-07.**

Fecha: 16 de agosto de de 2013.

Respetado doctor Merlano Rodríguez:

Mediante el escrito de la referencia Usted acude a esta Oficina, solicitando lo siguiente:

"2.1. Sirvase informarme si existe algún concepto sobre declaraciones extraprocesales con fines penales rendidas ante notarios públicos.

2.2. Cuál es el concepto jurídico que tiene esa superintendencia acerca de las declaraciones extraprocesales con fines penales rendidas ante notarios públicos"

En relación con la solicitud contenida en el punto 2.1. de la petición por Usted elevada, debemos señalar que tenemos conocimiento de ningún pronunciamiento emitido por esta entidad sobre el particular.

Respecto del asunto planteado en el punto 2.2. de la misma, esta oficina se pronunciará, previas las siguientes consideraciones:

I. **MARCO JURÍDICO.**

1. Constitución Política (Art. 113 y 118).

2. Decreto 960 de 1970.

3. Decreto 2148 de 1983.

4. Ley 1395 de 2010.

5. Ley 906 de 2004.

6. Corte Constitucional Sentencia. C- 863 de 2012 M.P. Dr Luis Ernesto Vargas

Silva





II. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURÍDICA.

a. Naturaleza del presente Concepto.

El concepto a emitir por parte de la Oficina Asesora Jurídica se encuentra sujeto a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, el cual señala:

"Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución."

b. Sobre el tema consultado.

Reza el artículo 3 del Decreto Ley 960 de 1970:

"ARTICULO 3o. <FUNCIONES DE LOS NOTARIOS>. Compete a los Notarios:

1. *Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las Leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad" (...)* (negrilla fuera de texto original).

Por su parte, el artículo 9° del Decreto 960 de 1970 conserva el siguiente tenor:

"ARTICULO 9o. <RESPONSABILIDAD EN LA FORMA>. Los Notarios responden de la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, 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 respectivo" (negrillas fuera de texto original).

Una primera lectura de las disposiciones arriba transcritas permite concluir fácilmente que no existen mayores restricciones en relación con las materias y/o contenidos de las declaraciones que las personas pueden emitir ante un notario público, las cuales, en principio deberá autorizar este último, siempre que se constate que en efecto así lo desea (n) el (los) comparecientes y que se reúnan las formalidades de ley.

En el caso específico de la extensión ante notario de declaraciones extraprocesales con fines judiciales, existe un sustento legal adicional, como quiera que el inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 autoriza expresamente tal posibilidad; ello al señalar:

"Para estos efectos, facúltase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales". (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-863 de 2012).



Más aún en materia penal, puesto que el artículo 272 de la Ley 906 de 2004, dispone:

ARTÍCULO 272. OBTENCIÓN DE DECLARACIÓN JURADA. *El imputado o su defensor podrán solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que le reciba declaración jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación. Esta podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo.*

Actuaciones como las arriba señaladas se encuentran en armonía con la función fedataria que la constitución y las leyes le han confiado al Notario Público. Así lo confirma la Corte Constitucional, Corporación que mediante Sentencia C- 863 de 2012, señaló lo siguiente:

“Este mismo espíritu de autorizar la intervención fedataria de los notarios en el recaudo de declaraciones extraprocesales con fines judiciales o no judiciales, fue preservado en la Ley 1564 de 2012, no obstante se ratifica su naturaleza sumaria, lo que exige su ratificación o confirmación ante el juez,

El mencionado ordenamiento dispuso al respecto:

“Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales, podrán recibirse por una o ambas [partes] y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia respecto de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración.

(...)

Estos testimonios que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

A los testimonios anticipados, con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor. (Subrayas fuera del original).
(Negritas fuera de texto original).

Ahora bien, cosa distinta es que les fuera dable a los notarios adelantar actuaciones tales como las que contemplaban los incisos primero y segundo del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010¹ (prácticas de prueba extraprocesales con citación de contraparte destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la

¹ Ley 1395 de 2010. Art. 113.- *Pruebas extraprocesales. Derogado por el Decreto Ley 1564 de 2012. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil inciso declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-863 de 2012.*

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia. Inciso declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 863 de 2012.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 863 de 2012. Texto en cursiva declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 863 de 2012.





penal), apartes que fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, precisamente al considerar este alto tribunal que tales disposiciones implican una asignación de funciones jurisdiccionales, cuyo desarrollo, con excepción de lo referente a la conciliación extrajudicial, no le está permitido a los notarios, de conformidad con reiterada jurisprudencia sobre la materia². En efecto, mediante Sentencia C- 863 de 2012, la Corte Constitucional se pronunció sobre el particular, manifestando lo siguiente:

“Como puede observarse el espíritu y contenido original de la reforma respecto de la potestad de los notarios para practicar diligencias con fines judiciales, se transformó sustancialmente en el curso del debate parlamentario. La propuesta original se limitaba a reiterar la potestad que tienen las partes de un proceso judicial, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, de recaudar alguna evidencia y preconstituirla ante notario para que este de fe de su autenticidad y veracidad y aportarla al proceso, sometida a controversia dentro judicial (sic), si el juez lo consideraba necesario, o la parte contraria lo solicitaba justificadamente.

No obstante, con posterioridad se introdujo un texto, que al final resultó aprobado, en el cual se establece no una facultad para las partes, derivada del ejercicio de su autonomía de la voluntad, sino una verdadera potestad para los notarios de recepcionar pruebas con destino a procesos judiciales de cualquier naturaleza, excepto la penal, con citación de la contraparte y sujeción a las reglas del procedimiento civil, a la manera de la facultad que se asigna en el capítulo IX de esta normatividad a los jueces para recepcionar pruebas anticipadas con fines judiciales”.

(...)

Las diligencias anticipadas que la ley preexistente a la reforma autorizaba a los notarios, se fundaban en la función fedataria y de autenticidad a ellos otorgada, regida así mismo por la voluntariedad de los declarantes y de la parte interesada en su recaudo. Sólo recaudaban prueba sumaria², que en consecuencia debía ser ratificada o completada en el escenario judicial de destino”.

(...)

Ahora bien, desde el punto de vista de la distinción jurídica que se puede establecer entre la prueba y la actividad probatoria, observa la Sala que si se entiende la prueba como al acto jurídico material (escritura contentiva del contrato de compraventa, declaración extraproceso) que ingresa al proceso mediante un acto jurídico procesal como es su aporte o aducción por las partes, como medio de acreditación de la pretensión o la excepción, no existe dificultad para entender que los notarios pueden intervenir, dentro del ámbito de su función fedataria, en la constitución de este tipo de actos. Cosa bien distinta ocurre con la práctica probatoria, la cual constituye una función propia de la ordenación y dirección del proceso, “que requiere necesariamente de la facultad decisoria, puesto que se traduce en una providencia de fundamental importancia, como que define el contenido del debate probatorio con toda la trascendencia que

² Corte Constitucional Sent. C- 1159 de 2008. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.
Corte Constitucional Sent. C- 863 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.





la prueba tiene para el proceso. Sólo al juez de la causa o su comisionado para ciertas diligencias le corresponde soberanamente la función de admitirla, ordenarlas, practicarlas y valorarlas². En la medida que constituyen actos propios de la potestad jurisdiccional (negritas y subrayado fuera de texto original).

En contraste con la suerte que tuvieron los preceptos arriba citados, el inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, el cual dispone que "Para tales efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales", fue encontrado, en cambio, ajustado a la Carta Fundamental (salvo la expresión "Para estos efectos", ya que le daba al inciso conexidad con los dos anteriores³); Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional consideró en esa misma oportunidad, que a diferencia de los incisos primero y segundo, que pretendían dotar a los notarios de facultades jurisdiccionales, este último se limitaba a reafirmar una función que ya se encontraba en cabeza de estos, por ser eminentemente notarial. Así pues, dicha Corporación señaló lo siguiente:

"5.4.8. El inciso tercero de la norma acusada, como ya se indicó se limita a REITERAR la facultad de los notarios de recibir declaraciones extraproceso con fines judiciales, sin que exija la citación de la contraparte, lo que se enmarca en la potestad de preconstituir prueba sumaria, admitida en determinadas actuaciones judiciales. Esta facultad se inscribe en el ámbito de actuación tradicionalmente reconocido a los notarios en materia de testimonios extraprocesales, fundada en la voluntad de las partes que concurren al recaudo de la evidencia, por lo que la Corte no encuentra, en relación esta parte de la norma, razones de inconstitucionalidad" (mayúsculas, negritas y subrayado fuera de texto original).

III. EL CONCEPTO.

En consonancia con lo arriba expuesto y con independencia de si se pretenden destinar a futuros procesos penales o a controversia en cualquier otra jurisdicción, las declaraciones con fines judiciales que como mero ejercicio de la autonomía de la voluntad pretendan extender ante notarios los ciudadanos, deben ser autorizadas por aquellos, eso sí, siempre dentro de los límites del ámbito de la competencia de la función fedataria, y sin que con ello se incurra en actividades que la desborden por corresponder a aquellas que se encuentran reservadas para autoridades que ostenten jurisdicción.

MARCOS JAHER PARRA OVIECO
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Gabriel Diego García / Abogado de Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Gladys Eugenia Vargas Bermúdez / Coordinadora de Grupo Jurídico Notarial (E)

¹ A este respecto, la Corte Constitucional señaló en la referida (C- 863 de 2012): "5.4.7. Teniendo en cuenta que la demanda se dirigió integralmente contra el artículo 113, la Corte extenderá su pronunciamiento al segmento normativo "Para estos efectos," contenida en el inciso tercero de la disposición acusada, en razón a que se trata de una expresión que establece una conexión entre los incisos primero y segundo, que como se constató prevén funciones jurisdiccionales, y el tercero, que tal como se indicó en aparte anterior, contempla una facultad que se inscribe en la función fedataria propia de los notarios. La mencionada expresión además de despojar de sentido autónomo el inciso tercero, cumple el propósito irradiar sobre este último segmento, los fines de ampliación de las facultades instructivas de los notarios, previstos en los incisos 1° y 2°, las cuales fueron encontrados inexecutable".