

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO EN COLOMBIA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES PÚBLICAS. ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO*

Jorge Arturo Abello Gual**

Fecha de recepción: 15 de enero de 2015
Fecha de evaluación: 24 de abril de 2015
Fecha de aprobación: 26 de mayo de 2015
Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.935>

Forma de citación: Abello, J. (2015). La responsabilidad penal del notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas. Estudio desde la perspectiva del derecho penal económico. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 18, 36, 81-98. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.935>

Resumen

Este artículo trata el tema de los delitos aplicables a la actividad notarial y del estudio de las figuras especiales de la teoría del delito, que le serían aplicables a la función notarial. En este orden de ideas, queda planteada la discusión en torno a la responsabilidad penal del notario y de sus empleados, en el ejercicio de su función pública.

Palabras clave:

Notario, responsabilidad penal, omisión, autoría y participación.

CRIMINAL LIABILITY OF NOTARIES IN COLOMBIA IN THE EXERCISE OF THEIR PUBLIC SERVICE. A STUDY FROM THE POINT OF VIEW OF THE ECONOMIC CRIMINAL LAW

Summary

This article addresses the issue of crimes applicable to the notarial activity, and the study of special figures of crime theory, which would be applicable to the notarial function. In this context, the discussion about the criminal responsibility of the notary and its employees, in the exercise of their public duties is raised.

Keywords:

Notary, criminal liability, omission, authorship and participation.

* Este artículo es producto de investigación del grupo de investigación del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales del Politécnico Gran colombiano.

** Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte. Magister en Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: jabellog@poli.edu.co

A RESPONSABILIDADE PENAL DO NOTÁRIO NA COLÔMBIA NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES. ESTUDO DESDE A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL ECONÓMICO

Resumo

Este artigo aborda a questão dos crimes aplicáveis à actividade notarial e o estudo das figuras especiais da teoria do crime. Nesse sentido, a discussão é levantada sobre a responsabilidade criminal do notário e seus empregados, no exercício das suas funções públicas.

Palavras-chave:

Notário, responsabilidade penal, omissão, responsabilidade e participação.

A. Introducción

En Colombia la actividad notarial tiene un fuerte arraigo en la cultura, la mayor parte de los conacionales luego de nacer se llevan ante una notaría para ser registrados como ciudadanos colombianos, adquiriendo con este acto, los atributos de la personalidad como son el nombre, la filiación, la nacionalidad y el patrimonio.

Pero por nuestras tradiciones y cultura, las notarías que surgieron como un sustituto al sello real que se utilizaba en la época de la colonia, han constituido la fe que reemplazó la palabra de los caballeros en las antiguas costumbres, sobre todo en la autenticación de documentos; los colombianos siempre han buscado la seguridad que formalmente imprime la firma del notario en un documento privado para realizar la mayor parte de actos jurídicos.

La importancia del notario como institución jurídica se hace más evidente en otras materias, donde se exige el trámite notarial para la existencia y eficacia de ciertos actos jurídicos, como son la compraventa de bienes inmuebles y la constitución de sociedades mercantiles y civiles (hoy casi en desuso por la implementación de las sociedades anónimas por acciones). En estas materias requiere que tanto la compraventa como la constitución de una sociedad mercantil se eleven a escritura

pública, para garantizar la publicidad de dichos actos jurídicos.

Ya con estos trámites, las notarías tienen un arduo trabajo y una posición muy significativa en el tráfico jurídico de las relaciones de nuestra sociedad, porque la mayoría de los contratos civiles y comerciales, pasa por las notarías, ya sea para su protocolización o para la autenticación de las firmas –porque a pesar de no ser necesaria ya la firma del notario, para la existencia y eficacia de muchos documentos, las personas siguen acudiendo a las notarías por una convicción ancestral–.

Por otro lado, por la congestión de los despachos judiciales y la tardanza en algunas diligencias jurídicas, se viene planteando la necesidad de la ayuda de la justicia privada, en este caso las cámaras de comercio, los centros de conciliación y las notarías, que con esta coyuntura son una opción muy eficiente en la solución de varios trámites, como son los matrimonios civiles, el reconocimiento de la unión marital de hecho, el reconocimiento de la convivencia entre personas, las declaraciones extrajuicio, el divorcio, la disolución de la sociedad conyugal, las declaraciones de supervivencia, la liquidación de una sucesión, las conciliaciones extraproceso, los poderes generales, entre otros.

Todos los anteriores, son ejemplos de actos jurídicos complejos que han sido confiados a

los notarios a través del legislador. Y no debe extrañar, que cada día más funciones jurídicas seles transfieran a los notarios, debido a la confiabilidad y el arraigo cultural de esta institución en nuestra costumbre jurídica.

Por lo dicho, también es menester que una institución tan cardinal como el notario sea protegida desde adentro y desde afuera de los ataques de la criminalidad. Cuando hablamos de la criminalidad desde adentro, hacemos referencia a aquellas actuaciones ilegales que realizan los mismos notarios y/o funcionarios de la notaría en ejercicio o con ocasión de sus funciones, como lo son la alteración de escrituras públicas, de registros civiles, del número consecutivo de las escrituras, o de las autenticaciones de documentos sin la presencia de las personas comparecientes, o la protocolización de actos con personas que no comparecen, o de sujetos que están siendo suplantados por otros. La criminalidad desde afuera son las actuaciones de los particulares que atacan la credibilidad de la función notarial, cuando inducen a error al funcionario mediante engaños, como lo son las falsedades en documentos privados, las manifestaciones falsas que hacen inscribir en las escrituras públicas, o la suplantación de personas, entre otras conductas.

Ambas clases de criminalidad afectan la credibilidad de la función notarial. En algunos casos pueden presentarse con la colaboración del notario o de sus funcionarios; y en otros, se puede comprobar que fueron los particulares que mediante acciones fraudulentas engañan a los notarios o a sus funcionarios para lograr sus fines delictivos.

Este trabajo realiza un acercamiento de cómo se protege desde el derecho penal la función notarial de la actuación criminal en las modalidades antes mencionadas. Para ello, se expondrán algunos de los delitos que se pueden dar en el desarrollo de una actividad notarial, explicando las circunstancias de hecho en que se podrían configurar.

Luego, se mostrarán algunos problemas prácticos que pueden aparecer en la imputación de

responsabilidad penal y que es indispensable tener en cuenta para la defensa y la acusación al momento de realizar la individualización de la responsabilidad penal luego de establecer la comisión de un delito.

B. Parte especial de la responsabilidad penal de los notarios

En esta sección nos enfocaremos en algunas de las funciones de los notarios, para analizar ciertos eventos delictivos que se puedan presentar en el accionar de un notario, y las soluciones que da la parte especial del derecho penal, a estas problemáticas delictivas.

I. Sobre el registro civil

Comenzamos por la primera actuación de un notario frente a cualquier individuo: el registro civil. Cuando se altera un registro civil se plantea una serie de inconvenientes respecto a los atributos de la personalidad de un ciudadano. Así entonces, su vida se ve afectada en varios sentidos, por ejemplo, al alterar su nombre se genera el problema de la identificación e individualización, pues a pesar de que el sujeto sigue existiendo para el Estado, se lesionan otros derechos como lo son, el derecho a la seguridad social, sus contratos laborales y civiles vigentes, su derecho a suceder y su derecho a elegir y ser elegido, entre otros. El artículo 238 del Código Penal tipifica como delito la supresión, alteración o suposición del estado civil:

El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

En este sentido, los notarios para incurrir en este delito deben conocer y tener la voluntad de alterar o suprimir el registro civil de una persona o inscribir en el registro a una persona que no es hijo o que no existe, porque este delito no permite la modalidad culposa.

También incurre en este delito quien realiza la misma conducta, pero ocultándole al notario los hechos o datos reales, haciéndolo cometer un error. Pero además, el particular que actuase así, estaría incurriendo en el delito de obtención de documento público falso (art. 288 del CP), y si tiene fines de afectar el patrimonio de un tercero, caerá también en el delito de estafa (art. 246 del CP) por afectar con esa sola conducta a varios bienes jurídicos diferentes (fe pública, la familia y el patrimonio económico). Piénsese por ejemplo, en aquel familiar que inscribe como su hijo a un niño que no lo es, con el solo propósito de cumplir una condición contenida en el testamento de su padre, quien le otorgaría la porción de libre destinación al primer hijo varón de su segundo hijo.

Ahora, si el notario sabe de la situación, recibe dinero por ello, se configuraría un cohecho (art. 405 del CP), una falsedad ideológica en el registro civil (art. 286 del CP), existiría alteración del registro civil (art. 238 del CP) y se configuraría una estafa (art. 246 del CP); en la misma situación estaría el funcionario delegado por el notario quien accediera a realizar dicha irregularidad con el conocimiento del ilícito, lo precedente es posible de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal del 25 de abril de 2002 (MP: Carlos Mejía Escobar), que reconoció que la función pública que ejercía el notario, también le era transmitida a todos sus empleados, quienes terminarían siendo en últimas funcionarios públicos por extensión (art. 20 del CP).

Por su parte, el particular en esta hipótesis incurriría en un cohecho por dar u ofrecer (art. 407 del CP), en una falsedad ideológica en el registro civil (art. 286 del CP), en alteración del registro civil (art. 238 del CP) y en una estafa (art. 246 del CP) como ya se mencionó aquí.

II. Sobre la autenticación de firmas

En esta función el notario certifica que la persona que está firmando compareció ante su despacho con documento de identidad. El notario solo

puede verificar que quien firma tenga un documento de identidad, y que este corresponde a los nombres y el número de identificación que contiene el documento privado en el cual certifica la firma.

Cuando una persona acude a una notaría para realizar autenticación de firma, pueden ocurrir varias situaciones, por ejemplo, o que el documento privado adolezca de alguna falsedad material o ideológica; o que el documento no adolezca de falsedades, pero exista una suplantación de la persona que aparece como firmante en el documento y de quien compareció para la firma, circunstancias en las que también sucede que el usurpador asiste con una cédula falsa.

Para estos hechos, las notarías efectúan unos controles, en los que participan varios funcionarios y los mismos notarios, pero específicamente lo que se hace es la verificación de la autenticidad del documento de identidad, la verificación de los números y los nombres que se consignan en el documento con los que aparecen en la cédula, y bueno, también se supone que se hace la verificación de la foto del documento con la persona que se está presentando. Si se evidencian inconsistencias, el notario o el funcionario deberán abstenerse de hacer la autenticación, e informar a la autoridad competente para la investigación de la posible comisión de una conducta punible.

En estos casos, para que los funcionarios de la notaría e inclusive el notario, puedan ser objeto de una imputación penal por su participación en la falsedad material o ideológica de un documento privado (art. 286 del C.P.) o en falsedad personal (art. 296 del CP), deberán haber conocido el hecho, y aun así haber querido proseguir con su ejecución, por ello se requiere que las irregularidades presentadas en el proceso de verificación de la identidad hayan sido tan notorias que cualquier persona a simple vista las hubiera detectado, como por ejemplo, que la cédula adolecía de las características más elementales, o que la foto contenida en la cédula no coincidía en absoluto con la persona que fue a firmar, pero si ello no es evidente, no hay

posibilidad de imputar responsabilidad por una actuación imprudente o culposa en los delitos arriba mencionados.

En el caso del notario o de sus empleados, se puede configurar el delito de cohecho (arts. 405 y 407 del CP) si se recibió dinero o se aceptó promesa remuneratoria a cambio de realizar el trámite irregular. También se puede tipificar la falsedad en documento privado (art. 286 del CP), en virtud de que se avaló el contenido apócrifo con el sello notarial; o una falsedad personal (art. 296 del CP) porque con el mismo sello notarial se avala y se induce a terceros a engaño, en estos casos, se estaría actuando como si se hiciera una falsedad ideológica (art. 289 del CP) en documento privado ratificado con la firma del notario.

Así como se explicó en el aparte anterior, todos los delitos que se han citado en el tema de la autenticación de las firmas, son dolosos y, por lo tanto, todas las personas que intervengan en estos hechos, deben hacerlo con conocimiento y voluntad de realizar el hecho (dolo), salvo que dentro del proceso notarial se descubra que la falsedad o la suplantación era tan evidente, que no era posible no darse cuenta de las mismas en un proceso de revisión diligente y mecánico como el que se efectúa en las notarías.

III. Sobre las escrituras públicas

Continuamos ahora con el tema de las escrituras públicas en la suscripción de contratos de compraventa de inmuebles, donde igual puede ocurrir una suplantación o una falsedad, ya sea porque la persona que vende no es quien dice ser quien es, o porque no ostenta la propiedad del bien inmueble que va a vender. En otros eventos puede ocurrir que si el bien inmueble le pertenece a una sociedad, el representante requiere autorización especial de la junta directiva para ejecutar ciertas transacciones de mayor valor y no la tenga; o que perteneciendo el bien a varios comuneros, quien dice tener poder para vender en nombre de los demás, haya falsificado uno o todos los poderes para realizar el acto. También en relación con la

construcción, se pueden presentar ventas sin la respectiva licencia de construcción válida, o la indebida constitución de la propiedad horizontal, o un desenglobe erróneo.

Nuevamente en estos eventos, la iniciativa del trámite se da a petición de las partes, y el notario deberá verificar la identidad de las mismas, la capacidad para celebrarlos actos jurídicos, la individualización de los inmuebles, la constitución de hipotecas, las condiciones de pago, los valores pagados y los valores pendientes, así como también la constitución de gravámenes o limitaciones al dominio, y la protocolización de los documentos adicionales necesarios en la respectiva escritura pública, como la autorización de la junta directiva de la sociedad al representante.

En estos trámites como se ya se dijo, el proceso de verificación es crucial para evitar falsedades, sobre todo en casos de suplantación de personas, y de la capacidad de las partes para actuar, por esta razón, salvo que se compruebe el dolo o errores muy notorios, en que no les era posible incurrir ni al notario ni a sus funcionarios, no podría imputarse responsabilidad penal en delitos como la falsedad ideológica en documento público (art. 286 del CP).

En las compraventas de inmuebles pueden darse errores susceptibles de ser subsanados por las partes a través de declaraciones posteriores en escrituras públicas diferentes o en aclaraciones o adiciones. Errores que son producidos de buena fe, y que con la aclaración de la voluntad de las partes excluyen la configuración de alguna falsedad, pues al esclarecerse y estar las partes de acuerdo entra en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, como el ejercicio de un derecho subjetivo, para enmendar yerros o nulidades, que pueden corregirse con el acuerdo de las partes.

Ahora bien, existen errores constitutivos de nulidad en el derecho civil, cuando crean vicios en el consentimiento, y existen errores producidos por maquinaciones fraudulentas que configuran la estafa (art. 246 del CP). La vulnerabilidad de cierto tipo de población (por su grado de formación o

por ser personas de la tercera edad) hace a esta más propensa a las maquinaciones fraudulentas de terceros, por lo cual se hace necesario que en el momento de su comparecencia el notario o los funcionarios de la notaría comprueben que la persona actúa con pleno conocimiento sobre el objeto y las condiciones en que va a contratar, para luego evitar inconvenientes.

En muchas ocasiones las notarías pueden evidenciar casos en los que se presentan artificios o engaños de una de las partes que inducen en error a la otra, y su deber consiste en asesorar e informar bien a la parte vulnerable, antes de que dé su consentimiento para la realización del acto, e incluso abstenerse de celebrar el acto ya sea por falta de consentimiento libre de vicios, o por contener el acto notarial objeto o causa ilícita.

Otros casos de escrituras públicas en que se pueden dar situaciones bastante complicadas, son aquellos en los que se aprueban liquidaciones de sucesiones o de sociedades conyugales, porque allí, los notarios solo tienen competencia para reconocer la voluntad de las partes y elevarlas a escritura pública. Los notarios no pueden definir sobre alguna objeción u observación que realice alguna parte sobre la liquidación de la sucesión o de la sociedad conyugal, sin que la o las otras, las aprueben en el mismo acto, pues carecen de competencia para dirimir este tipo de conflictos que se encuentran reservados al juez de la causa.

En estos eventos, es recomendable que el notario verifique la voluntad libre y espontánea de las partes en el acuerdo, toda vez que puede suceder que una de las partes ejerza fuerza sobre la otra, y con ello se vicie el consentimiento, así como también se pueda estar en presencia de delitos de constreñimiento ilegal (art. 182 del CP) o incluso de extorsión (art. 244 del CP). Pero también, pueda que no se trate del ejercicio de la fuerza, pero sí de un artificio o engaño, que podría también configurar una estafa (art. 246 del CP).

Ahora, este tipo de situaciones es muy difícil de verificar en varios casos, porque en algunos de estos trámites, las familias o los esposos contra-

tan abogados que se encargan de los temas, o nombran a un miembro de la familia que los representen, y por ello el notario pierde el contacto personal con las partes, impidiéndole de esta manera, ejercer control sobre el consentimiento de las partes.

De confirmarse algún tipo de fuerza o engaño en un trámite de los anteriormente mencionados, el notario o el funcionario de la notaría estaría en la obligación de denunciar dichos hechos, en los casos de extorsión o de violencia intrafamiliar, y de estafa si esta supera en monto los 150 smlmv, de lo contrario incurriría en el delito de omisión de denuncia de servidor público (art. 417 del CP).

También es muy dado a que surjan en los casos de liquidaciones, sucesiones o sociedades conyugales, otro tipo de falsedades como el ocultamiento de bienes que forman parte del haber conyugal o sucesoral, la modificación de los valores reales de dichos bienes, e incluso se pueden presentar manifestaciones tan reprochables como la de no conocer otros herederos con derechos en la masa sucesoral o el declarar deudas cuantiosas inexistentes.

En eventos como estos, los notarios deben cumplir a cabalidad los trámites de publicidad de los actos que van a ejecutar, para no verse comprometidos en estas falsedades que claramente generan perjuicios para acreedores (en caso tal se configuraría un alzamiento de bienes contemplado en el artículo 253 del CP), herederos y cónyuges. En este sentido, al encontrarse frente a una vicisitud que deba solucionar la jurisdicción civil, deberá suspender el trámite y sugerir a las partes que arreglen sus diferencias o que acudan a la jurisdicción competente.

Si el notario no lleva a cabo los actos de publicidad necesarios para el respectivo trámite, y en virtud de ello, se afectan derechos de terceros, es posible que se configure un prevaricato por omisión en los términos del artículo 414 del CP, por omitir un acto propio de sus funciones, y a su vez, en un prevaricato por acción al avalar una liquidación abiertamente contraria al derecho en

los términos del artículo 415 del CP, porque al elevar una liquidación a escritura pública, está emitiendo un concepto afirmando la legalidad de dicho acto, que es claramente ilegal. En el mismo evento, si el notario es conocedor de que en dicho trámite se van a vulnerar derechos de terceros, y aun así confirma el acto, podría también estar en curso de una estafa (art. 246 del CP), por cuanto la tramitación de la escritura pública se configura en un artificio o engaño que le permite al beneficiario obtener provecho ilícito, con la evidente afectación del patrimonio de una tercera persona.

IV. Sobre la administración de recursos públicos y privados

Otra situación en la cual pueden verse comprometidos los notarios y los funcionarios de la notarías, es en el peculado, por la administración de ciertos recursos públicos, como son el impuesto de registro¹, el impuesto de timbre²—que gracias a la ley 1111/2006 ya no se genera

en el año 2012— y la retención de la fuente que se le aplica a la venta de bienes inmuebles. De acuerdo con el artículo 20 del CP, son servidores públicos las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política, que son contribuciones fiscales y parafiscales.

De este modo, si el notario en la realización de determinado trámite cobra el valor de un impuesto, y se apropia de este, incurrirá en el delito de peculado por apropiación en los términos establecidos en el artículo 397 del CP. En estos eventos, también es posible que se cobren los impuestos, pero que no se reporten dentro de las bases contables o se oculten de alguna manera para facilitar la apropiación, por lo que el peculado podría concursar con la falsedad en documento privado si se alteran los estados financieros o las facturas, como cuando se disminuyen los valores reales de las transacciones para reducir igualmente los impuestos.

La otra posibilidad que se maneja es que se configure el artículo 402 del CP, que es la omisión del agente retenedor o recaudador, si efectivamente el impuesto se cobra, aparece en la contabilidad y no se consigna en las fechas correspondientes en las cuentas del Estado, sin que exista apropiación de los recursos por parte de la notaría. Este delito se configura por un retardo injustificado, mas no por un ocultamiento o una apropiación que sí constituyen un peculado.

Luego, si se trata de un funcionario de la notaría a quien el notario encarga de la administración de los impuestos cobrados a los usuarios, para después consignarlos en las cuentas del Estado, y en vez de hacerlo, se apropia de estos recursos, es posible plantear dos tesis, la primera es aplicar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal del 25 de abril de 2002 (MP: Carlos Mejía Escobar), que reconoció que la función pública que ejercía el

¹ Están sujetas al impuesto de registro, en los términos de la ley 223/1995, las inscripciones de los documentos que contengan actos, providencias, contratos o negocios jurídicos en que los particulares sean parte o beneficiarios que, por normas legales, deban registrarse en las cámaras de comercio o en las oficinas de registro de instrumentos públicos. La matrícula mercantil o su renovación, la inscripción en el registro nacional de proponentes y la inscripción de los libros de contabilidad no se consideran actos, contratos o negocios jurídicos documentales.

² Artículo 519. Base gravable en el impuesto de timbre nacional. “El impuesto de timbre nacional, se causará a la tarifa del uno punto cinco por ciento (1.5 %) sobre los instrumentos públicos y documentos privados, incluidos los títulos valores, que se otorguen o acepten en el país, o que se otorguen fuera del país pero que se ejecuten en el territorio nacional o generen obligaciones en el mismo, en los que se haga constar la constitución, existencia, modificación o extinción de obligaciones, al igual que su prórroga o cesión, cuya cuantía sea superior a seis mil (6.000) unidades de valor tributario, UVT, en los cuales intervenga como otorgante, aceptante o suscriptor una entidad pública, una persona jurídica o asimilada, o una persona natural que tenga la calidad de comerciante, que en el año inmediatamente anterior tuviere unos ingresos brutos o un patrimonio bruto superior a treinta mil (30.000) unidades de valor tributario, UVT” .
Parágrafo 2o. [Parágrafo adicionado por el artículo 72 de la ley 1111/2006]: “La tarifa del impuesto a que se refiere

el presente artículo se reducirá de la siguiente manera:
- Al uno por ciento (1 %) en el año 2008.
- Al medio por ciento (0.5 %) en el año 2009.
- Al cero por ciento (0 %) a partir del año 2010”.

notario, también le era transmitida a todos sus empleados, quienes terminarían siendo en últimas funcionarios públicos por extensión (art. 20 del CP), y en virtud de ello, concluir que también administran los recursos causados por impuestos y que administran las notarías, y que por ello incurrirían en peculado por apropiación.

La segunda tesis es que en vez de peculado por apropiación, podrían incurrir en un abuso de confianza calificado (art. 250 del CP), porque siendo particulares, abusan “de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública” para apropiarse de los recursos que le pertenecen al Estado (Abello, 2010).

En el caso de la omisión del agente retenedor, no existe esta problemática, porque el tercer párrafo del artículo 402 del CP, dispone que “Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”, con lo cual queda superada la posible controversia que sí existe entre el peculado por apropiación (art. 397 del CP) y el abuso de confianza calificado (art. 250 del CP), donde no está clara la responsabilidad penal de los subordinados que son delegatarios, de los que inicialmente se hallan obligados a cumplir la función de administrar los recursos públicos.

Otro problema sucede cuando un funcionario de la notaría se apodera de las tasas que recibe esta entidad por la prestación de su servicio, que se consideran como recursos privados de propiedad de las notarías para su funcionamiento. Así por ejemplo, si un funcionario se las arregla para apoderarse del valor de una tasa por un servicio notarial, también nos encontramos frente a una controversia, pues tendríamos que analizar si comete hurto agravado por la confianza (art. 240 del CP) o abuso de confianza calificado (art. 250 del CP) por apropiarse de dineros “abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública”.

La problemática surge porque en criterio de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 20 de

mayo de 1986) los trabajadores que administren ciertos recursos valiéndose de la confianza depositada por el empleador, incurrirán en hurto agravado por la confianza (art. 240 del CP), como en el caso del cajero del banco que roba dinero de la caja que administra. Sin embargo, también es posible imputar un abuso de confianza calificado (art. 250 del CP) a un trabajador en el entendido que dentro de sus funciones se le confía un encargo fiduciario sobre las tasas cobradas por los servicios notariales a los usuarios, donde dicha función implica la administración de unos recursos a título no traslativo de dominio (Abello, 2010).

Ahora bien, separándonos de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, creemos que cuando un empleado tiene la función de recaudar y administrar un recurso (dinero) de conformidad con un mandato o una instrucción de su empleador, existe incluso a través del contrato de trabajo donde se le asignan las funciones, un título no traslativo de dominio que es el mandato fiduciario, y en consecuencia no se configura el hurto agravado por la confianza, sino el delito de abuso de confianza.

V. Sobre las funciones jurisdiccionales de los notarios

Los notarios cumplen además funciones jurisdiccionales como cuando ejercen como conciliadores, o cuando mediante escritura pública dan fe de la legalidad de los acuerdos como las liquidaciones de sociedades conyugales y de sucesiones; y de los contratos que se firman bajo su control y tutela. Antes de proseguir haremos claridad sobre las funciones notariales:

Primero, el notario cumple las siguientes funciones: a) directiva, es decir, aconseja, asesora, instruye como perito en derecho, concilia y coordina las voluntades; b) moldeadora o conformativa, es decir, moldea el acto jurídico, dotándolo de forma legal,

[...] dueño como es de los resortes de la ley, acopla la voluntad de los intereses al modelo

rígido del derecho para hacerlo fecundo, dándole la conformación que pidan las leyes para su plena eficacia, para ello califica la naturaleza y legalidad del acto; lo admite o bien lo rechaza si la calificación es adversa a su validez; y por fin, lo redacta observando las prescripciones legales y la imparcialidad que le es propia.

Y c) autenticadora: “Consiste en investir los actos solemnizados por la escritura de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas” (Aguilar, 2006, pp. 87-89).

Segundo, de acuerdo con la Corte Constitucional en sentencia C-093/1998, se establece que

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 mismas.

En la citada sentencia se hace referencia a los trámites notariales sobre asuntos que antes pertenecían a la jurisdicción voluntaria, como son la liquidación de herencias y sociedades conyugales, las correcciones en las actas del registro civil y el cambio de nombre, la celebración de matrimonio civil, la recepción de declaraciones extraprocesales y la autorización de donaciones; y sobre la competencia para realizar dichos trámites la Corte Constitucional dijo: “Dicha competencia es eminentemente rogada y está regida por el principio de autonomía de la voluntad y el mutuo acuerdo, lo cual evidencia la ausencia de poderes decisorios dentro de la función notarial” (Corte Constitucional en sentencia C-093/1998).

Tercero, la función notarial ha sido propuesta por algunos autores como una función jurisdiccional en el entendido que en virtud de la libertad jurídica y la autonomía negocial, las personas también

pueden crear derecho, ya sea por sí mismas, o con el auxilio de un notario como jurista del contrato o negocio jurídico en que interviene; por ello este termina cumpliendo una función jurisdiccional legitimadora (Caro, 1980).

Sobre lo anterior, podríamos aseverar que la función notarial no se limita a avalar la presencia de las personas que firman un contrato, un acuerdo o un negocio jurídico, sino que a su vez es garante de la legalidad de dicho negocio o acuerdo jurídico (Meini, 2003; Meini, 2005; Roxin, 1996; Velásquez, 2010; Jescheck, 2002; García, 2007), cuando este dependa de la formalidad o de la protocolización notarial para su eficacia jurídica. De esta manera, el notario no está exento de revisar la legalidad de los actos jurídicos que va a respaldar con su firma.

Por otra parte, y de modo más expreso, en virtud del artículo 19 de la ley 640/2001, los notarios tienen la facultad de conciliar y, por tanto, de ejercer función jurisdiccional, con un especial deber consagrado en el parágrafo 1 del artículo 8 de la citada ley, que es el siguiente: “Es deber del conciliador velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles”.

En este orden de ideas, por tener carácter de servidores públicos y de ser garantes de la legalidad de los negocios jurídicos y acuerdos que se tramitan dentro de sus competencias y funciones, el no rechazar un acto abiertamente ilegal, o permitir que en una conciliación se perjudiquen derechos ciertos, indiscutibles, mínimos e intransigibles, se podría imputar a un notario que actuara de esta forma, el delito de prevaricato por acción en los términos del artículo 413 del CP, en el entendido que su firma –en el ejercicio de sus funciones notariales– es un aval de la legalidad de un acto jurídico, y un concepto positivo donde se sostiene ante toda la comunidad que un acto jurídico que resulta a todas luces contrario a la ley, es legal.

Queda por analizar, si en los eventos precedentes, se podría imputar además del delito de prevari-

cato, el de falsedad ideal en documento público consagrado en el artículo 286 del CP, en este sentido, la respuesta a este interrogante no es fácil, sobre todo cuando no queremos vulnerar el principio de la doble incriminación.

Encontramos entonces, que el delito de prevaricato se presenta cuando el notario firma y protocoliza mediante acta o escritura pública un contrato o un acuerdo antijurídico, porque dentro de sus funciones emite un concepto abiertamente ilegal. Pero a su vez, tendríamos que prever que también comete falsedad, porque calló parcial o totalmente la verdad para favorecer a una de las partes, o incurrió en una falsedad (en documento público o privado según el caso), al aseverar que el acuerdo era legal cuando no lo era.

La respuesta que planteamos se funda en el principio de especialidad de los tipos penales –para evitar el concurso de tipos–, según el cual se elimina el concurso de delitos escogiendo aquel tipo que describa de forma más completa la acción desplegada por el autor. Así entonces, si un notario suscribe un acuerdo o una escritura pública con un contenido ilegal, está emitiendo un concepto contrario a la ley, configurándose de esta manera el delito de prevaricato y no el de falsedad en documento público, y las demás personas que participaron en el hecho serían instigadoras o cómplices del delito de prevaricación que solo podría realizar el notario.

Así se pensaría que el notario sería el autor por tener las calidades exigidas en el tipo de prevaricato, esto es, tener la función de emitir un concepto; los funcionarios de la notaría que colaboren en el delito serían unos cómplices, y el usuario o particular que solicitó el trámite ilegal, sería un instigador o determinador.

Ahora bien, si el notario no participa y es inducido a error, no podría existir prevaricato, y la figura delictiva aplicable ya sería diferente tanto para el funcionario de la notaría que colabora con el particular para inducir al notario a error, como para el particular que inicia el trámite. Si se trata de una escritura pública o de un acta

de conciliación, la figura delictiva sería la que contiene el artículo 288 del CP, que establece como punible la obtención de documento público falso, caso en el cual tanto el funcionario como el particular, serían coautores del delito.

C. Problemas particulares de la responsabilidad de los notarios

Para analizar los problemas antes planteados, es necesario tener en cuenta varias figuras especiales del derecho penal para examinar la responsabilidad al interior de las notarías, como son, el principio de confianza, la delegación de funciones, la posición de garantía, el error de tipoy la autoría y la participación.

I. Posición de garantía de los notarios

De conformidad con la legislación penal colombiana, la posición de garante se puede configurar tanto en la modalidad dolosa, como en la modalidad culposa, pues la ley no expone limitación alguna. El artículo 25 del CP no hace ninguna distinción, y se entiende que la posición de garantía se configura no por la modalidad de la conducta, sino por tener a su cargo la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo, y la responsabilidad se configura al no realizar las acciones necesarias para impedir los resultados contenidos en un tipo legal, sin importar que la omisión sea dolosa o culposa.

Sobre la responsabilidad penal por comisión por omisión se han propuesto varias tesis tendientes a explicar cómo debe entenderse un delito por comisión por omisión. A continuación nos permitiremos resumir algunas de las posturas más relevantes.

Roxin (2007) sugirió la teoría de los delitos de infracción al deber, en los cuales el autor de estos delitos es una persona que ostenta determinada calidad o cargo especial en la sociedad, razón por la cual se le imponen unos deberes legales especiales de protección de determinados bienes jurídicos o la evitación de ciertos resultados. De esta forma, un sujeto es responsable penalmente

si al incumplir un deber a él impuesto en una norma extrapenal, se produce un resultado típico que vulnera el bien jurídico penalmente protegido. En esta tesis la responsabilidad penal se configuraría, siempre y cuando con la omisión al deber extrapenal, se aumenta considerablemente el riesgo de la vulneración al bien jurídico afectado.

Por su parte, Jakobs (1998) explica que existe un dominio sobre la organización y un dominio sobre la institución. El primero es el que tienen todas las personas de comportarse de tal manera que sus actuaciones no generen un riesgo para los demás; y el segundo es el que tienen algunos individuos de acuerdo con su posición en la sociedad, calidad o cargo, que deben cumplir el rol de impedir determinados resultados. Entonces, es autor todo el que sea competente –dentro del papel social que le corresponde– para evitar determinado resultado.

Schunemann(2007)considera que el derecho penal puede fijar los criterios indispensables para configurar la responsabilidad por comisión por omisión sin necesidad de depender de normas extrapenales como lo plantea Roxin, y criterios más concretos, diferentes a la competencia o los roles que propone Jakobs. Schunemann expone que para que un individuo sea responsable penalmente por una comisión por omisión debió haber asumido la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo, y a su vez, debe tener el dominio sobre la evitabilidad del resultado típico.

En otras palabras, una persona será autora de una conducta por comisión por omisión, si dentro de su ámbito de dominio, pudo prever la producción de un resultado lesivo, y aun así, dejó que el curso causal continuara, ocasionándose en últimas el resultado típico, como ocurre en el caso del dueño de un perro quien viendo que el animal va a atacar a otra persona, no hace nada, pudiendo evitar el daño.

Esta última tesis es la que acogemos aquí, yes a su vez la que parece estar más cercana a la descripción legal contenida en el artículo 25

del Código Penal colombiano, sin perjuicio de que las demás también se utilicen de acuerdo con la adscripción dogmática de cada autor o funcionario que las aplique.

En armonía con lo anterior, existe un deber legal especial de los notarios de garantizar la legalidad de los actos que se realizan ante ellos (art. 25 del CP), como se analizó en el aparte correspondiente a los actos jurisdiccionales del notario. De esta forma, si el notario en un caso dado evidencia la posible comisión de una conducta punible, o de la transgresión de un derecho de una persona, en primer lugar debe rehusarse a realizar el acto, y en segundo lugar debe denunciar la conducta, porque durante la revisión del acto y hasta antes de firmarlo, o darle su aval jurídico, tiene el dominio sobre la evitabilidad del acto.

II. Principio de confianza y delegación de funciones

Según el artículo 9 del Código Penal colombiano, “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. Esta referencia a que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, le ha permitido a la doctrina y a la jurisprudencia plantear la aplicación de los criterios de la imputación objetiva para limitar el ámbito de protección del derecho penal a solo aquellos cursos causales más relevantes, de conformidad con los avances de la teoría de la imputación objetiva.

En el sector empresarial, la división del trabajo y la especialidad de las funciones son conceptos necesarios para el desarrollo de cualquier actividad comercial. En toda empresa existe una estructura de trabajo que se relaciona de manera horizontal, esto es, entre personas que desde una misma posición jerárquica coordinan determinada actividad; y de modo vertical, que se presenta en relaciones en las que unas personas se encuentran subordinadas a la autoridad de un funcionario de mayor jerarquía.

Esta realidad obliga a tener en cuenta el principio de confianza, que es uno de los criterios de la imputación objetiva particularmente aplicable en las actividades que se efectúan en equipo. Este principio permite dinamizar el trabajo coordinado de varias personas, evitando el control sobre el control, porque se fundamenta en la confianza de que los demás participantes de una labor van a cumplir con la parte que les corresponde (Roxin 2007; Velásquez, 2010, , Jackobs 1995; Reyes 2007; Cerezo, 2008; Gómez, 2003)³, o en palabras más técnicas, el principio de confianza predica que un individuo puede confiar en que dentro del tráfico social y jurídico, las demás personas están cumpliendo con los deberes o funciones que les han sido asignadas (Reyes, 2007; López, 1996; Jackobs, 1995, Cesano, 2007; Roxin 1996)⁴. Así, se entiende que cada persona es responsable por la parte del trabajo que se le pidió, y si una yerra, esta se hace responsable, y no afecta a los demás participantes.

Sin embargo, el principio de confianza no es absoluto, se aplica de una manera más amplia en las relaciones horizontales (que se dan entre coordinación entre sujetos de la misma posición laboral jerárquica), pero incluso en ellas, se limita en casos donde las personas en las que se tiene que confiar son inimputables, o individuos cuya condición física o psíquica evidencia que no van a cumplir con la norma de conducta. También se limita la aplicación del principio de confianza en relaciones horizontales en aquellos casos en los que es obvio que el individuo que va a ejecutar determinada labor no va respetar o no está respetando la norma de conducta (Cesano, s.f.).

En las relaciones verticales (que se dan en aquellas labores en las que varios sujetos se subor-

dinan a un superior jerárquico), el principio de confianza es aún más restringido, porque en estas, el superior conserva sobre el trabajo del subordinado deberes de control y vigilancia. En estos casos, estos deberes de control y vigilancia pueden aumentar o disminuir de acuerdo con la experiencia y conocimientos del subordinado, así por ejemplo, el grado de vigilancia y control sobre un aprendiz es mucho mayor al que se debe ejercer sobre un técnico con diez años de experiencia.

Otra limitación a la aplicación del principio de confianza se presenta cuando existe una posición de garante⁵ en una o en varias personas que participan en la actividad (Cesano, 2007), por ejemplo en una construcción participan obreros, ingenieros, directores y supervisores al tiempo, donde ingenieros, directores y supervisores tienen posición de garante, y por tanto, dentro de su ámbito de dominio deben realizar todas las acciones pertinentes para evitar los daños previsibles que se puedan dar.

En el caso de los notarios, el principio de confianza es limitado porque el notario tiene una posición de garante sobre la legalidad de los actos que suscribe; y se trata de una relación de subordinación donde se encuentra la obligación de realizar el control y vigilancia sobre los actos de sus subordinados de acuerdo con los criterios antes expuestos (Cesano, 2010; Silva, 2004).

De esta manera, un notario podrá exonerarse de responsabilidad por la comisión de una de las conductas punibles anteriormente analizadas si le encargó la labor a un subordinado, y a pesar de haber realizado actos de vigilancia y control sobre el empleado, la conducta igual-

³ Consúltense Roxin (2007, pp. 1004-1013), Velásquez (2010, p. 437), Jackobs (1995, pp. 253-257) (en este sentido el autor citado, concibe el principio de confianza como un supuesto del riesgo permitido y de la prohibición de regreso); Reyes (2007, pp. 148-164), Cerezo (2008, pp. 480-484) y Gómez (2003, pp. 395-440).

⁴ Véase al respecto Reyes (2007, p. 157), López (1996, p. 112), Jackobs (1995, p. 253), Cesano (2007, pp. 763-768) y Roxin (1996, pp. 1004-1006).

⁵ Se pueden desde ya establecer tres grupos de casos en los cuales se limita la aplicación del principio de confianza: a) cuando se puede inferir concretamente que el otro participante en el trabajo en equipo no va a cumplir con sus deberes; b) frente a determinadas personas como niños, ancianos, inimputables, un ebrio o estados similares de cuya condición no se pueda esperar una conducta ajustada a su deber; y c) cuando el deber de cuidado de una persona consiste en la vigilancia y control de otras personas que se encuentran bajo su mando.

mente se ejecutó. Así ocurre por ejemplo en las autenticaciones, en las que un funcionario en la ventanilla recibe los documentos para la firma y la cédula de la persona. Si ese funcionario no se percata de que la foto de la cédula no coincide con la persona que comparece, y el notario firma, el notario estaría frente a un principio de confianza, porque por la organización de tareas y funciones, no le es posible estar en la notaría haciendo la comparación antes enunciada. Empero, no sería posible aplicar el principio de confianza en casos donde es necesario revisar la legalidad del contenido de una sucesión, contrato o acuerdo conciliatorio, porque en estos eventos es lógica la necesidad del control y vigilancia de la legalidad de dichos actos por parte del notario.

Por otro lado, cuando el notario delega en un subordinado cierta función, el notario en parte transmite la posición de garante (art. 25 del CP numeral 1) que tiene sobre el ejercicio de dicha función, quedando solo con la obligación de vigilancia y supervisión (Bacigalupo, 2005; Batista, 2005). No obstante, un acto de delegación solo surtirá efectos si se conjugan las siguientes situaciones: a) hayan elegido a una persona suficientemente capacitada para ejecutar el encargo; b) la hayan dotado con los medios técnicos y humanos idóneos para ejercer la labor; c) la hayan informado con suficiencia de la forma en que debe cumplir con su oficio; y d) que de manera periódica se realicen controles y se vigile el trabajo de su delegatario. De esta forma, si falla alguno de los requisitos precedentes no será posible afirmar la irresponsabilidad del notario por las conductas punibles que ya se explicaron (Cervini y Adriasola (2005, pp. 247-259, Silva (2001, pp. 15-19)..

Ahora bien, el principio de confianza sí le es aplicable a los funcionarios de la notaría y a los notarios respecto de la información que aportan los usuarios para la realización de los trámites. El principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional, permite que los funcionarios presuman como auténticos los documentos que aducen los particulares y como

ciertas las manifestaciones que estos realicen en la solicitud de los trámites notariales.

Por tanto, salvo ilegalidades evidentes, los notarios podrán confiar en que las manifestaciones y documentos que aportan los usuarios son veraces, y por ende, no sería responsable penalmente si estos son falsos y se produjeran efectos jurídicos con ellos, partiendo del supuesto de que el notario actuó de buena fe y fue inducido a error.

III. El error de tipo y el dolo eventual

De conformidad con el artículo 32, numeral 10 del C.P., no habrá responsabilidad penal cuando

Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Como ya vimos aquí, los delitos de que pueden ser imputados los notarios son dolosos, por lo tanto, es necesario que el autor actúe conociendo y queriendo la realización de una conducta típica (art. 22 del CP). De ahí que si el autor desconoce que materializa los hechos constitutivos de una infracción penal, por un error de tipo vencible o invencible, la conducta sería atípica y no habría lugar a responsabilidad penal.

Así por ejemplo, si ante el funcionario se presenta una persona que suplanta a otra, y a menos que sea ostensible la diferencia entre la foto y la persona compareciente, no será posible imputarle la falsedad personal al notario, cuando este, actuó de buena fe y fue engañado por los delincuentes. Igual ocurre en los casos de falsedad en documento privado, cuando no existe posibilidad de establecer las falsedades si las partes las ocultan.

También es posible aplicar el error al notario en el prevaricato cuando las partes de manera dolosa le esconden información relevante, para

perjudicar a terceros, como por ejemplo quien declara ser el único heredero sabiendo que hay tres más, y que luego de realizar las publicaciones respectivas, no comparece nadie y el juez adjudica al único que se presentó.

Cabe decir, que en los casos en que se detectan inconsistencias evidentes en trámites notariales, y el funcionario ve como probable un posible daño a terceras personas, pero aun así continúa el trámite hasta su finalización para recibir el pago respectivo, es posible ya no hablar de un error de tipo, sino de la comisión de un delito a título de dolo (art. 22 del CP). Recordemos en todo caso, que el notario tiene una función de garante sobre la legalidad de los actos que se le colocan a su disposición, por tanto, al prever un posible menoscabo a la ley, se debe abstener de suscribir el documento, o solicitar los soportes necesarios para aclarar las dudas y luego sí darle trámite al documento.

De hecho, como ya se indicó, la obligación de revisar la legalidad de los actos, requiere de controles especiales que eviten que circunstancias ilegales que salgan de bulto, se pasen por alto, y por ello, se protocolicen o se solemnicen contratos, acuerdos o actos jurídicos ilegales por parte del notario. Si ello ocurre, y se prueba que con un mínimo control, la situación irregular hubiese podido detectarse y el acto ilegal pudo haberse impedido, es posible configurar, una falsedad ideológica en documento público o un prevaricato, dentro de los términos señalados a título de dolo, cuando no es posible demostrar la participación directa del notario o del funcionario delegado en la actuación irregular.

Lo cierto es que para que exista un prevaricato—y ya lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de mayo de 2000—se requiere de dolo directo, y se descarta la posibilidad de un dolo eventual por las siguientes razones: primera, porque para el prevaricato es menester un

[...] entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien

jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia(Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de mayo de 2000).

Ello quiere decir, que dado el conocimiento especial sobre lo que es legal y lo que no lo es, no es viable la admisión de un prevaricato a título de dolo eventual, pues no se trata de que exista una posible ilegalidad, sino que el acto debe ser abiertamente ilegal.

Además, con el dolo eventual se necesita que el autor acepte un resultado típico que *ex ante*, lo previó como posible, y para la Corte el prevaricato es un delito de mera conducta, que no precisa de un resultado, así que la figura del dolo eventual es incompatible con el delito de prevaricato.

IV. Problemas de autoría y participación

En este punto resaltamos la importancia de una figura como la autoría mediata (art. 29 del CP), porque en unidades de trabajo como las notarías, la labor en equipo es una de sus principales características.

Si se llegare a ejecutar un delito de los expuestos en el numeral C de este documento, sería necesario precisar quiénes participaron en el hecho de manera intencional, porque ello determina quiénes son coautores, quiénes son autores mediatos y quiénes son instrumentos que no tendrían responsabilidad penal.

Así, por regla general en estos temas de la revisión de la legalidad de tantos actos jurídicos que se ponen en consideración ante una notaría, a veces, el usuario es quien inicia la conducta punible esperando pasar desapercibido, y muchas veces logra engañar sagazmente al notario y a los funcionarios de la notaría, haciéndolos incurrir en un error de tipo. En estos eventos, hay un autor principal que comete falsedades que inducen error al notario y a sus funcionarios, por lo cual, él responderá a título de autor mediato de una

conducta punible si requiere de la participación del notario para cumplir su cometido, y el notario no tendría ninguna responsabilidad por haber actuado bajo un error.

También puede ocurrir que el usuario comunique su intención a un funcionario de la notaría, y consigue su colaboración en el hecho, y ambos ocultan de buena manera su actuar ilícito frente a la revisión que practica el notario. En ese orden de ideas, el usuario y el funcionario de la notaría serían coautores, y el notario sería el instrumento que actuó bajo un error, en virtud de ello, el notario no sería responsable.

Otro evento se presenta cuando el notario es contactado por el usuario para realizar un acto ilegal, y el notario ordena a uno de sus funcionarios para que proyecte el texto de una sucesión o una compraventa que busca la realización de una estafa en perjuicio de un tercero. Como el funcionario no conoce la situación y solo proyecta el texto legal que se va a elevar a escritura pública, la responsabilidad recaerá sobre el usuario y el notario, y el funcionario no sería responsable, pues fue utilizado como un instrumento y actuó bajo un error de tipo.

Por último, hay otra posibilidad y es donde el usuario, el funcionario y el notario se ponen de acuerdo para realizar una actuación ilegal en perjuicio de un tercero. Habría que confirmar la coautoría, siempre y cuando haya acuerdo común, división de trabajo y que la entidad del aporte sea tal, que permita afirmar el dominio funcional del hecho (Velásquez, 2010; Fernández, 2007; Hernández, 2002; Zaffaroni, 2006; Díaz y García Conlledo, 1991; Bustos, 2006; Feijó, 2007; Cuello, 2009; Cerezo, 2008). En los casos de los trámites notariales, se requiere de una solicitud inicial de un usuario, pues no es posible empezar un trámite notarial de oficio, lo que convierte la participación del usuario en esencial. Además se necesita de la participación del notario cuya firma es la que surte la terminación del trámite, por lo cual también es vital. Y finalmente, la participación del funcionario de la notaría debe valorarse de acuerdo con la

entidad del aporte, para establecer si tenía el dominio funcional de hecho o no, para poderle procesar como coautor o como cómplice del delito perpetrado.

Conclusiones

Primera, luego de analizar algunos de los aspectos más significativos del fenómeno de la delincuencia desde dentro y desde afuera de las notarías, tenemos que ha sido un tema complejo, al que hay que seguir examinando en profundidad y con detenimiento, pues dada la importancia cultural y legal de la institución notarial, podemos encontrar que es imperioso protegerla de los continuos ataques delictivos a que se hizo alusión aquí, a través de los tipos penales en estudio.

Segunda, el principio de buena fe y el principio de confianza son las principales defensas de los notarios y de los funcionarios de las notarías, quienes deben presumir de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Nacional, que la documentación y las manifestaciones hechas por los usuarios son veraces, salvo prueba en contrario. De ahí que sea muy difícil demostrar la actuación dolosa de los notarios, pues salvo situaciones fraudulentas evidentes, el error de tipo vencible o invencible, surge como una causal de ausencia de responsabilidad, que excluye el tipo penal doloso.

Tercera, todavía quedan muchos temas pendientes por resolver, y que aún están en el preámbulo de la discusión sobre la responsabilidad penal de los notarios, como por ejemplo, si los funcionarios que se apropien de dineros públicos que administran las notarías incurrirían en peculado por apropiación o en abuso de confianza calificado; o si cuando un funcionario se apodera de recursos propios de la notaría caería en un hurto agravado por la confianza o en un abuso de confianza calificado; o si es posible imputar como un concurso ideal el prevaricato por acción y la falsedad en documento público dentro de un trámite notarial de conciliación, de liquidación de una sociedad conyugal o de una sucesión,

partiendo del hecho de que el notario además de elaborar el documento público, al estampar su firma, emite un concepto sobre la legalidad del acto suscrito.

Por último, se aclara que este estudio exploratorio facilita adentrarnos en un debate sobre la delincuencia que se presenta en y a través de las notarías, que debe seguir evolucionando, a nuevos planteamientos y discusiones relevantes, para proteger la función notarial, de las actividades criminales.

Referencias

- Abello, J. A. (2010a). El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 25, pp. 181-200.
- Abello, J. A. (2010b). El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: la responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales en las EPS en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 26, pp. 267-284.
- Aguilar, T. (2006). *Naturaleza jurídica del notario*. Medellín: Señal Editora.
- Bacigalupo, E. (2005). Posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. *Curso de Derecho Penal Económico*. Segunda Edición. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Págs. 177-189.
- Bacigalupo, S. (2005). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Curso de Derecho Penal Económico*. Segunda Edición. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Batista, M. (2005). La responsabilidad Penal de los órganos de la empresa. *Curso de Derecho Penal Económico*. Segunda Edición. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Págs. 143-155.
- Bustos, J; Hormazabal, H. (2006). *Lecciones de derecho penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: BdeF.
- Cervini, R. & Adrisoila, G. (2005). *Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. Buenos Aires: BdeF.
- Cesano, J. D. (2007). *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica. Tratado de responsabilidad médica*. Buenos Aires: Legis.
- Cesano, J. D. (2010). La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: Bases para su análisis. En Berrueto Rafael; Rodríguez Juan María; et al. *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Cuello, J. (2009). *El Derecho Penal Español Parte General*. (Vol. II). Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Del Castillo Codes, E. (2007). *La imprudencia: autoría y participación. Monografías de Derecho Penal*. (No. 10). Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Díaz y García Conlledo. (1991). *La autoría en el derecho penal*. Barcelona, España: Editorial PPU.
- Feijóo, B. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Colección de Derecho Penal*. Madrid, España: Cámara de Comercio de Madrid.
- Feijóo, B. (2003). *Resultado lesivo e imprudencia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Feijóo Sánchez, B. (2009). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial Bdef.
- Ferre, J. C.; Nunez, M; Ramírez, P. (2010). *Derecho Penal Colombiano Parte General*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.

- Figalfo, S. (2008). *Responsabilidad Penal por Ejercicio de la Medicina en Equipo*. Lisboa, Portugal: Coimbra Editora.
- Fernández, S. (2007). El administrador de hecho y derecho. *Tirant Monografías* (No. 519). Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- García, P. (2007). *Derecho Penal Económico*. (Tomo I - Segunda edición). Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Gómez, M. C. (2003). *La responsabilidad penal del médico*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Hernández, A. (2002). Autoría y participación. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Págs 265-287.
- Jackobs, G. (1995). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Jackobs, G. (1998). *Imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jescheck, H. (2002). *Tratado De Derecho Penal Parte General*. (5a edición). Granada, España: Editorial Comares.
- López, C. (1996). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Meiini, I. (2003). Responsabilidad Penal del Empresario por los hechos cometidos por sus subordinados. *Tirant Monografías* (No. 298). Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- Meini, I. (2005). Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada. *Nuevo Foro Penal*. (No 68). Págs. 62 - 92.
- Reyes, Y. (2007). *Imputación objetiva*. (3ª edición). Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (1996). *Derecho Penal Parte General*. (2ª Edición). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2007a). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley.
- Roxin, C. (2007b). *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. (7ª edición). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Saénez, J. (2001). *La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995*. Madrid, España: Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Schunemann, B. (2007). *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Silva, J.M. (2004). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Silva, J. M. (2001). Autoría delictiva en las estructuras organizadas. En: Silva, J. M. & Suárez, C. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Bogotá: Grijley, Instituto Peruano de Ciencias Sociales.
- Suárez, A. (2007). *Autoría*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Velázquez, F. (2010). *Manual de derecho penal*. (4ª edición). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2007). *Derecho Penal Parte General*. (Cuarta edición). Medellín, Colombia: Editorial Comlibros.
- Zaffaroni, E.; Alajia, A.; Slokar, A. (2006) *Manual de Derecho Penal Parte General*. (Segunda edición). Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima, Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-093(M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Suprema de Justicia. (1986). Sala Penal. Sentencia de 20 de mayo.

Corte Suprema de Justicia. (2000). Sentencia del 15 de mayo. (M. P.: Carlos Augusto Gálvez Argote).

Corte Suprema de Justicia. (2002). Sala Penal. Sentencia del 25 de abril. (M.P.: Carlos Mejía Escobar).