{p}

Sentencia C-863/12

MEDIDAS EN MATERIA DE DESCONGESTION JUDICIAL-Facultad de los notarios para recibir declaraciones extra proceso con fines judiciales

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 voluntariedad 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. Teniendo en cuenta que la actividad de recaudo probatorio extraprocesal por parte de los notarios, está fundada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los comparecientes, nada se opone a que las futuras partes de un proceso, unilateralmente, o de común acuerdo, concurran ante el notario para solicitar la recepción de declaraciones o testimonios para ser presentados en un proceso judicial, en el que deberán ser ratificados si no contaron con la audiencia de la parte contra la cual se oponen, a fin de preservar el principio de contradicción.

MEDIDAS EN MATERIA DE DESCONGESTION JUDICIAL SOBRE POTESTAD CONFERIDA A LOS NOTARIOS EN MATERIA JUDICIAL-Inexequibilidad de los incisos primero y segundo de la norma acusada por ser de naturaleza jurisdiccional

La potestad general y permanente adscrita a los notarios, en los incisos primero y segundo de la norma bajo examen, consistente practicar todo tipo de pruebas con destino a procesos contenciosos de cualquier especialidad (salvo la penal), con citación de la contraparte y sujeción a las ritualidades previstas en el código de procedimiento civil, constituye formal y materialmente función jurisdiccional, comoquiera que se trata de una actividad indisolublemente ligada a los procesos judiciales de destino, en cuanto constituye el soporte fáctico del mismo; tiene la potencialidad de afectar derechos fundamentales no solamente por plasmar una dimensión del derecho fundamental al debido proceso y de la garantía de acceso a la justicia, sino por que en el desarrollo de dicha actividad se pueden adoptar

decisiones que eventualmente afecten otros derechos fundamentales como la autonomía individual. Se trata además de una función que se distancia significativamente de la función fedataria y de autenticidad que caracteriza la actividad notarial, regida por la autonomía de la voluntad de sus usuarios, ubicándose en un plano en el que se ejercen poderes coercitivos y se despliega el carácter vinculante de los actos propios de la administración de justicia.

FUNCION NOTARIAL-Naturaleza jurídica/ACTIVIDAD NOTARIAL-Servicio público

ACTIVIDAD NOTARIAL-Expresión de la descentralización por colaboración

En relación con la actividad notarial como una expresión de la descentralización por colaboración, ha dicho la Corte que esta se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares para 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 privado. Mediante esta forma de descentralización "el Estado soluciona la atención de una necesidad pública, por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido. Por eso, bien se ha dicho, que ¨la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas¨.

GESTION NOTARIAL-Implicaciones/ACTIVIDAD NOTARIAL-Función pública de dar fe/NOTARIOS-Son particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública pero no adquieren la condición de servidores públicos/NOTARIOS-En virtud que ejercen función pública, se les impone neutralidad en sus actuaciones/NOTARIOS-Si bien ejercen una función pública, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo y orgánico

DESCENTRALIZACION POR COLABORACION-Concepto

FUNCION JURISDICCIONAL-Características

FUNCION ADMINISTRATIVA Y FUNCION JURISDICCIONAL-Criterios diferenciadores/ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO JURISDICCIONAL-Distinción

Ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, las dificultades que en ocasiones presenta la definición acerca de si una función atribuida a una autoridad o a un particular es de naturaleza jurisdiccional, pero también ha destacado la importancia que tal distinción presenta, en situaciones similares a la que ahora enfrenta la Sala, para definir la constitucionalidad de determinadas atribuciones. Para el efecto ha aplicado una serie de criterios que sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, cumplen una finalidad orientadora. En este orden de ideas ha sostenido que son judiciales, desde el punto de vista formal: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces; o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Como criterios materiales ha indicado que (iv) se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial, como el derecho la libertad personal y el acceso a la administración de justicia.

FUNCION JUDICIAL Y FUNCION NOTARIAL-Criterios diferenciadores

Con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: (i) la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; (iii) y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.

MEDIDAS EN MATERIA DE DESCONGESTION JUDICIAL-Objetivo principal

FACULTAD DE LOS NOTARIOS PARA RECIBIR DECLARACIONES EXTRA PROCESO CON FINES JUDICIALES-Cambios significativos en el curso del trámite legislativo de la medida

FACULTAD DE LOS NOTARIOS PARA RECIBIR DECLARACIONES EXTRA PROCESO CON FINES JUDICIALES-Reglas de ordenación

NOTARIO-Carece de poder decisorio e impositivo de manera que ante él no se plantean conflictos ni se esgrimen pretensiones y excepciones

SISTEMA PROBATORIO-Aplicación del principio de inmediación

PRUEBAS-Excepciones a la práctica personal del juez/FUNCION PROPIAMENTE

JURISDICCIONAL-No puede ser trasladada a los notarios

Referencia.: expediente D-9015

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.

Demandantes: Laura Andrea Brugés Garavito y Angélica María Gómez Cardona.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, las ciudadanas Laura Andrea Brugés Garavito y Angélica María Gómez Cardona presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.

Mediante providencia del 16 de abril de 2012, el Magistrado Luís Ernesto Vargas Silva dispuso admitir la demanda, por considerar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, corrió traslado al Procurador General de la Nación, y comunicó del inicio del proceso al Presidente de la Republica, al Presidente del Congreso, así como al Ministro de Justicia y al Presidente del Consejo de Estado.

Al mismo tiempo, invitó a participar en el presente juicio a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, de los Andes, Sergio Arboleda, de la Libre, Eafit de Medellín, de Antioquia, del Atlántico y del Rosario, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Corporación Excelencia en la Justicia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada según publicación en el Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010

"LEY 1395 DE 2010

(Julio 12)

Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

(…)

CAPÍTULO IX

Disposiciones varias

Artículo 113. Pruebas extraprocesales.

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.

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.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extra proceso con fines judiciales."

III. LA DEMANDA

1. Las ciudadanas demandantes consideran que la disposición acusada, vulnera el artículo 116 de la Constitución Política, toda vez que otorga a los notarios facultades jurisdiccionales al permitir que ante ellos se puedan practicar pruebas extraprocesales con citación de la contraparte y con observancia de las reglas de práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil. El precepto acusado incluye todo tipo de pruebas, de modo que con base en el mismo los notarios quedan autorizados para practicar, sin restricción alguna, las mismas pruebas que por mandato legal pueden practicar los jueces de la república.

El mandato constitucional (Art.116) establece que las autoridades facultadas para administrar justicia en Colombia "y por tanto encargadas de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y en la ley" son las que pertenecen a la Rama Judicial del poder público como la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces; así mismo el Congreso de la República, los jueces penales militares, los particulares en calidad de árbitros y conciliadores, y excepcionalmente las autoridades administrativas, teniendo estas últimas facultades de carácter restrictivo, esto es, que solamente pueden administrar justicia si la ley así lo permite, señalando así mismo las materia precisas respecto de las cuales ello es posible.

Sobre la naturaleza de la función que cumplen los notarios, afirman que según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corte (C-741 de 1998) "es una función pública que se ejerce bajo la figura de la descentralización por colaboración ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él han sido encomendadas, de manera permanente, a los particulares". Agrega que de acuerdo con los artículos 210 y 365 de la Constitución, estos funcionarios están sometidos al régimen jurídico fijado por el legislador y a vigilancia y

control por parte del Estado.

Concluye sobre este aspecto de su argumentación que “a los notarios les asiste el carácter de autoridades administrativas, por lo tanto (…) en el cumplimiento de sus labores relacionadas con la fe pública toman el carácter de autoridades, pero de ninguna manera puede asimilarse a aquella potestad que la Constitución le ha reservado a determinados sujetos para administrar justicia”.

2. Respecto de las diferencias entre la función jurisdiccional y la administrativa, señala que la jurisprudencia (C-1038 de 2002) ha establecido criterios formales y materiales de diferenciación. En cuanto a los primeros indica que “es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada”. En segundo lugar, la función judicial es desplegada, en principio, por funcionarios que deben ser jueces o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces,” y se desarrolla preferentemente en el marco de procesos judiciales. Es decir que conforme a los criterios formales, se presumen judiciales aquellas funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, ó son desplegadas por los jueces, ó se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.

En relación con los criterios materiales, expone que la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (Art. 28), y por ende las limitaciones a esta garantía solo podrán efectuarse en ejercicio de funciones jurisdiccionales. Así mismo, destaca que la Constitución establece el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia (Art. 229), por ende, debe entenderse que en principio, una decisión que restrinja el acceso a la administración de justicia, debe ser producto de la función judicial (Citan la sentencia C-1038 de 2008).

3. Finalmente manifiestan que en ejercicio de la facultad conferida en la norma acusada, los notarios desarrollan y adoptan actos de naturaleza estrictamente judicial, comoquiera que deciden sobre los eventuales conflictos que puedan presentarse en la práctica de la prueba, deben garantizar el derecho de contradicción conforme al Código de Procedimiento Civil, resolver las discusiones que se puedan presentar sobre la procedencia y pertinencia de la

prueba, objeciones, solicitudes de aclaraciones, corrección o complementación de las pruebas y demás actos y facultades que la ley le confiere a los sujetos interesados, como parte de su derecho de defensa, y en tales eventualidades será necesario que el notario, como instructor decida.

Una vez practicada la prueba por el notario, con observancia de todas las reglas procesales, "esta puede ser usada como prueba válida en un eventual proceso judicial, sin que sea necesario ningún control judicial por parte del juez, quien la puede tomar como fuente para las decisiones dentro de dicho juicio, toda vez que se presume que ella ha sido producida con pleno respeto del derecho de contradicción en sede notarial".

Las demandantes hacen referencia a una serie de contingencias que se podrían presentar en la recepción de pruebas como el interrogatorio de parte y el testimonio, las cuales deberán ser resueltas por los notarios; ello con el fin de respaldar su afirmación en el sentido que dichos actos implican la realización de actos jurisdiccionales que constitucionalmente están excluidos de la competencia de funcionarios que, como los notarios, cumplen funciones administrativas.

IV. INTERVENCIONES

1. – Intervenciones de entidades oficiales

1.1. Del Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho actuando por medio de apoderada, intervino en el asunto de la referencia, para defender la constitucionalidad de la norma demandada. Para el efecto, expone las siguientes consideraciones:

La precisión que hace la norma acusada, en cuanto a que la declaración ante notario, con fines judiciales se haga con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica de pruebas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, no implica que el notario deba tomar decisiones judiciales, sobre la pertinencia de la prueba y los demás juicios de valor relacionados con la misma.

Afirma que la constitución y ley le atribuyen a la función notarial la naturaleza de un servicio público, y que esta "debe ser entendida principalmente como una función testimonial de autoridad, que implica la guarda de la fe pública, teniendo en cuenta que el notariado, 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." Apoya esta consideración en citas jurisprudenciales.1

Por otra parte, afirma que la norma deja abierta la posibilidad de que el juez ante un eventual proceso, le de el valor que corresponda a la prueba extraprocesal (la practicada por el notario) y adopte la decisión que considere apropiada al respecto.

1.2. Del Consejo Superior De La Judicatura

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, intervino en el asunto de la referencia, para solicitar la declaratoria de inexequibilidad de la disposición demandada con base en las siguientes consideraciones:

Para esta entidad, la disposición acusada vulnera el artículo 116 de la Constitución Política, toda vez que otorga funciones jurisdiccionales a los notarios, funcionarios no comprendidos en la disposición superior que enuncia de manera expresa quienes están autorizados para ejercer esa potestad.

Asevera que, según la jurisprudencia de esta Corte, la función notarial no está precedida de jurisdicción, y por lo tanto "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 ello mal podría exigirse a la actuación notarial el ejercicio del ¨ius postulandi¨ que comprende el derecho de pedir y defender lo 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"2.

2. De instituciones de educación superior

2.1. De la Universidad De Ibagué

Nidia Chaparro Cuervo, en condición de Decana (E) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, se pronunció sobre el proceso de la referencia, para apoyar la declaratoria de inexequibilidad de la disposición demandada con base en las siguientes consideraciones:

Para la interviniente, el fin perseguido por el legislador de descongestionar la justicia civil es legítimo y plausible. No obstante, la pretensión de celeridad y oportunidad no puede desconocer los derechos de contradicción y legalidad, puesto que ello repercutiría de manera negativa en el derecho de acceso a la administración de justicia.

Afirma que la función fedataria que cumplen los notarios, consistente en guardar la fe pública mediante el otorgamiento de veracidad a lo que se declara y realiza en su presencia, es muy distinta a la jurisdiccional. El legislador siempre ha tenido el cuidado de deslindar la función notarial de la judicial, por ello con motivo de la desjudicialización de algunos procesos, facultó a los notarios para adelantar algunos asuntos como las sucesiones y otros, cuando no se presenten controversias. Si ello ocurre, se abstendrá de fallar el proceso y lo pasará al juez que corresponda.

Sostiene que de conformidad con lo expuesto por esta Corte3 la función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse dentro de los límites territoriales del respectivo círculo de notaría.

Recordando la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1183 de 2008 (C-1159 de 2008), destaca algunos apartes de esta sentencia en el sentido que “los notarios por no ser autoridades administrativas, no pueden ser titulares de la función jurisdiccional de declarar la prescripción adquisitiva de dominio de que tratan las normas demandadas (…) el artículo 116 de la Constitución autoriza la asignación de funciones jurisdiccionales únicamente a las autoridades administrativas en un sentido subjetivo y orgánico, o sea a las autoridades y órganos que forman parte de la estructura de la administración pública de conformidad con las normas legales pertinentes, en particular la Ley 489 de 1998, por ser ellos los titulares originarios y ordinarios de las funciones administrativas, y que por ende, aquel precepto superior no autoriza tal atribución en un sentido funcional o material, y en forma extensiva, a los particulares que ejercen funciones administrativas”.

Señala que las actividades que se desarrollan en el marco de la recepción de pruebas extraprocesales son de naturaleza jurisdiccional comoquiera que implican calificación de preguntas (Art. 207 C.P.C), resolver sobre la inhabilidad de testigos o las objeciones que se presenten, aplicación de sanciones, etc. (Arts. 228 y 225 ibídem), y por ende no pueden ser asignadas a los notarios.

2.2. De la Universidad De Los Andes

Horacio Cruz Tejada, en calidad de director del área de derecho procesal y del consultorio jurídico de la Universidad de los Andes, intervino en el asunto de la referencia, para defender la constitucionalidad de la norma demandada con base en las siguientes consideraciones.

Indica que es claro y no admite debate, que los notarios no están incluidos en el listado de personas y corporaciones consagrado en el artículo 116 de la constitución, y por lo tanto no están facultados para administrar justicia. Por otra parte, afirma que tampoco son autoridades administrativas. Para el interviniente, el problema que debe solucionarse es si la facultad que otorga el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 es de naturaleza jurisdiccional o no.

En relación con tal interrogante, expone que dentro del proceso probatorio, existen etapas que no son de la esfera exclusiva del juez, por lo tanto la producción de la prueba no es una actividad que corresponda de manera exclusiva a la autoridad judicial.

Finalmente, se pronuncia respecto al propósito de la disposición demandada, la cual en su criterio permite avances en materia de descongestión judicial, y en la eficiencia de la administración de justicia, en la medida que otras autoridades distintas al juez, pueden servir de apoyo a la actividad judicial.

2.3. De la Universidad Libre

Afirma, que el objetivo de la norma es brindar herramientas para solucionar la congestión judicial, presente en la mayoría de actuaciones procesales, sin que ello contraríe la disposición del artículo 116 de la Constitución Política.

Aduce que quienes van a recaudar la prueba son las partes interesadas en la misma, las cuales bajo el principio de aseguramiento de la prueba y de la inmaculación de ésta,

gobiernan la actividad probatoria. En ese sentido, el notario no es más que un garante de veracidad, contradicción y lealtad entre las partes, el cual como sujeto particular, puede ser autorizado por la ley, para que intermedie en el recaudo de la prueba, sin tener que valorarla, pues ello compete de manera exclusiva al juez.

En su concepto la norma demandada no impone al notario la valoración de la prueba, pues la función que éste desempeña es la de guardar la fe pública, y la recaudar información con apoyo activo de las partes del proceso.

Por otra parte, considera que el carecer de poder jurisdiccional el notario no puede entrar a decidir sobre la objeción a preguntas mal formuladas, o determinar la pertinencia de las mismas, pues cuando ello se presente y haya controversia sobre las pruebas deberá acudirse a la figura del juez, quien tiene la jurisdicción y competencia para ello.

En conclusión, solicita la declaratoria de constitucionalidad de la norma demandada bajo el entendido que si llegare a surgir alguna controversia en el recaudo de la prueba judicial, de tal magnitud que requiera la intervención de un tercero neutral para su solución, ello será objeto de estudio por parte del juez que deba conocer del proceso judicial.

3. De organizaciones gremiales y académicas

3.1. Del Instituto Colombiano De Derecho Procesal

Miguel Enrique Rojas, en su condición de miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y obrando por delegación del presidente de esa entidad, se pronunció sobre el proceso de la referencia para apoyar la constitucionalidad de la disposición demandada, con base en las siguientes consideraciones.

El interviniente destaca los propósitos de descongestión que animaron la expedición de la Ley 1395 de 2010, y señala que el factor que contribuye en mayor medida a esa situación es la actividad probatoria. Estima que dos medidas importantes para enfrentar esta problemática son la autorización para practicar pruebas extraprocesales ante notario (Art. 113) suprimiendo la limitación que existía par practicar estas pruebas con audiencia de la contraparte; y el otorgamiento de eficacia a los dictámenes periciales obtenidos unilateralmente por las partes (Art. 116).

Sostiene que el legislador, conciente de que los juzgados civiles municipales a quienes compete practicar las pruebas anticipadas no disponen del tiempo suficiente para programarlas y practicarlas oportunamente debido a la recarga laboral que enfrentan, concibió la posibilidad de que el recaudo probatorio extraprocesal se realice con la ayuda de personas distintas a los funcionarios judiciales, como son los notarios.

No obstante, sostiene que la medida ha tenido demasiada resistencia en los notarios, dado que el gobierno no ha establecido tarifas adecuadas que signifiquen una remuneración equilibrada del esfuerzo que deben hacer los notarios para la práctica de dichas pruebas. De ahí que: "la práctica de pruebas extraprocesales previstas en el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 no haya tenido en la práctica un aumento serio, por las dos razones expuestas: (i) los jueces civiles municipales las programan con muchísima tardanza, de manera que los interesados pierden interés; (ii) los notarios rehúsan practicarlas dado que la tarifa que pueden cobrar significa un sacrificio económico para ellos."

Como argumento central de su disertación expone que la actividad probatoria no es típicamente jurisdiccional, y por ello no hay razón de rango constitucional que impida acudir a otras personas para que colaboren con los despachos judiciales en lo que tiene que ver con la práctica de algunas pruebas, sobre todo si se hace en el marco de una ley de descongestión que procura superar la crisis generada por la excesiva congestión judicial.

Sostiene al respecto que "percibir el recaudo probatorio como una actividad estrictamente jurisdiccional no es sólo jurídicamente inexacto, sino notoriamente ingenuo. En honor a la verdad en los procesos civiles la mayoría de las pruebas útiles son conseguidas unilateralmente por las partes, sin la intervención del juez, y sometidas al escrutinio de la contradicción en el seno del proceso. La principal actividad del juez consiste en la valoración"

3.2. De La Unión Colombiana del Notariado Colombiano

Eduardo Durán Gómez, presidente (E) de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, intervino para exponer algunas consideraciones sobre esta nueva función asignada a los notarios, pero sin que fije una postura sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto acusado.

En este orden de ideas, sostiene que el notariado colombiano, tiene la disposición y buena voluntad para colaborar en la descongestión de los despachos judiciales, naturalmente dentro del ámbito de la función fedante. Expone, que desde 1988 se han reglamentado diferentes tipos de trámites que originariamente fueron asignados por la ley a los jueces, y luego a los notarios, con óptimos resultados en materia de descongestión judicial, como ocurre con los procesos de jurisdicción voluntaria, en el entendido que esta especie de jurisdicción no es litigiosa.

Esa regulación no ha implicado dotar de jurisdicción a los notarios, dichas normas los han facultado para tramitar asuntos no contenciosos, sin debate probatorio y sin que concluyan en sentencia, obedeciendo a unos pasos procedimentales y exigiendo unas pruebas preconstituidas para que hagan parte de la escritura pública que le da término al trámite.

Relaciona algunas de las funciones que se han asignado a los notarios, tales como la expedición del registro civil de las personas, por delegación de la Registraduría Nacional de Estado Civil; las conciliaciones como requisito previo de procedibilidad en materia civil, comercial y de familia; las sucesiones; la liquidación y disolución de la sociedad conyugal, el matrimonio civil, el divorcio y la cesación de efectos legales de los matrimonios.

Finalmente manifiesta que “queda a la sabiduría de la Honorable Corte Constitucional la confirmación de la naturaleza jurídica del notariado colombiano como particular que presta un servicio público, en ejercicio de la función pública de dar fe, a través de los documentos notariales, así como el pronunciamiento sobre la exequibilidad de la norma acusada en el proceso de la referencia”.

4. Intervenciones Ciudadanas

4.1. Del Ciudadano Nicolás Andrés Gómez Quintero

Este ciudadano intervino en el asunto de la referencia, para defender la constitucionalidad de la norma demandada con base en las siguientes consideraciones.

Indica, que el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, no contraria las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Política, puesto que en su concepto la norma objeto de estudio no otorga funciones jurisdiccionales a los notarios.

Para ello, expone que la actividad probatoria no es exclusiva de la función jurisdiccional por cuanto esta también es realizada por los particulares con la ayuda de otras personas o autoridades. En ese sentido expone, que la Corte Constitucional en Sentencia C – 713 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) declaró la constitucionalidad de una disposición que confirió a los magistrados auxiliares de las altas cortes, la facultad de practicar pruebas en los procesos a cargo de los referidos tribunales en calidad de comisionados.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, el señor Procurador General de la Nación, mediante concepto 5374 del 25 de mayo de 2012, solicitó a la Corte declarar exequible la disposición acusada por encontrase ajustada a la constitución.

Considera el Jefe del Ministerio Público que el problema jurídico a resolver es "si el artículo demandado, al permitir la práctica de pruebas extraprocesales ante notarios, con sujeción a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, vulnera lo previsto en el artículo 116 superior." Para analizar este problema presenta las siguientes consideraciones:

(i) El propósito principal de la Ley 1395 de 2010 es adoptar medidas para la descongestión judicial, con lo cual se busca permitir a la administración de justicia dar respuesta pronta y oportuna a sus usuarios.

Fundamenta su argumentación en las sentencias C-093 de 1998 y C-1038 de 2002, las cuales transcribe in extenso.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una Ley, en este caso, de la Ley 1395 de 2010.

2. Planteamiento del problema Jurídico y estructura de la decisión

2.1. Las demandantes consideran que la potestad que el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 confiere a los notarios para practicar pruebas extraprocesales con destino a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, es contraria al artículo 116 de la Constitución. Sostienen que esta norma superior prevé de manera taxativa las autoridades y personas autorizadas para administrar justicia, y en ninguna de las categorías allí establecidas quedan incluidos los notarios, comoquiera que no son autoridades judiciales, ni son particulares con función de administrar justicia como sí acontece con los jurados, conciliadores y árbitros; y tampoco son funcionarios administrativos autorizados expresamente por la ley para cumplir funciones jurisdiccionales de manera excepcional y sobre materias específicas, como lo prevé el inciso 3° del precepto superior.

Las ciudadanas actoras parten de la premisa de que la práctica de pruebas extraprocesales con fines judiciales, constituye una actividad típicamente jurisdiccional, toda vez que involucra situaciones en las que se deben adoptar decisiones, y su recaudo exige el respeto del derecho de defensa y de contradicción.

2.2. El Procurador General de la Nación solicita la exequibilidad del precepto acusado, tras considerar que las demandantes parten de un planteamiento erróneo consistente en considerar que la simple práctica de pruebas extraprocesales, comporta ejercicio de función jurisdiccional. Para el jefe del Ministerio Público, la potestad que la norma asigna a los notarios no es jurisdiccional, y se inscribe en el deber de colaboración armónica con los jueces.

2.3. Algunos de los intervinientes (Ministerio del Interior y de Justicia, Universidad de los Andes, Instituto de Derecho Procesal) solicitan la exequibilidad de la norma, argumentando que el hecho de que la misma exija la citación de la contraparte, y la observancia de las reglas sobre práctica y contradicción probatoria establecidas en el Código de Procedimiento Civil, no implica que el notario deba adoptar decisiones judiciales, toda vez que la valoración sobre la pertinencia de la prueba, su capacidad demostrativa, y demás juicios de valor, corresponden al juez. Aducen que la producción de la prueba no es una actividad que sea propia y exclusiva a la autoridad judicial.

2.4. Otros intervinientes, en cambio, (Consejo Superior de la Judicatura, Universidad de Ibagué), solicitan la inexequibilidad de la norma, al estimar que el recaudo probatorio lleva

implícitas funciones jurisdiccionales, y los notarios carecen de facultades para su ejercicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 116 constitucional. La labor de recaudo probatorio, con las contingencias que ello comporta, trasciende la función fedataria propia de los notarios.

2.5. Una postura intermedia es planteada por la Universidad Libre, quien sugiere la constitucionalidad de la norma demandada, bajo el entendido que si llegare a surgir alguna controversia en el recaudo de la prueba judicial, de tal magnitud que requiera la intervención de un tercero neutral para su solución, ello será objeto de estudio por parte del juez que deba conocer del proceso judicial.

2.6. De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Corte determinar si la potestad que la norma confiere a los notarios, de practicar pruebas extrajudiciales con citación de la contraparte, y sujeción a las reglas del código de procedimiento civil, con destino a procesos judiciales (excepto el penal), vulnera el artículo 116 de la Carta, en la medida que, en criterio de las demandantes, los notarios no son autoridad judicial (inciso 1º), ni administrativa autorizada para ejercer excepcionalmente y en materias precisas funciones jurisdiccionales (Inciso 3º), como tampoco particulares investidos transitoriamente de dicha función (inciso 4º).

2.7. Previamente a la resolución del problema jurídico así planteado debe dilucidarse si la práctica de pruebas extrajudiciales con fines judiciales, con citación de la contraparte y sujeción a las reglas del código de procedimiento civil, constituye función jurisdiccional.

Con el propósito de solventar los interrogantes planteados, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre: (i) la naturaleza jurídica de la función notarial; (ii) y los criterios para determinar el carácter jurisdiccional de una función. En ese marco se pronunciará sobre el cargo de la demanda.

3. Rasgos que caracterizan la función notarial en nuestro régimen jurídico

La jurisprudencia de esta Corte ha analizado en varias oportunidades problemas jurídicos que le exigen definir la naturaleza jurídica de las funciones que desempeñan los notarios4, su condición como colaboradores del Estado, el sentido y finalidad de la función fedante y el ámbito de competencias del legislador para configurar la regulación sobre la materia.

Ha establecido como notas distintivas de la actividad notarial las siguientes: (i) es un servicio público; (ii) a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; (iii) que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; (iv) que para estos efectos se encuentran investido de autoridad; (v) sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico.

Ha señalado la Corte que el régimen propio de los servicios públicos limita en buena medida el ejercicio de determinadas libertades individuales, respecto de sus prestadores. De ahí que la actividad notarial, como ejercicio de un servicio público, esté sometida a un régimen jurídico preciso y exigente establecido por la ley y sujeta, además, al control y vigilancia del Estado en virtud de las potestades que le reconoce, entre otros, los Arts. 365 y 131 de la Constitución, cuya finalidad es la de "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional"6.

Sobre el particular la Corte señaló:

"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 particulares, en lo cual la Corte no ha hallado motivos de inconstitucionalidad".

"Ahora bien, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (artículos 365, 366 y 2 de la C.P.)" 7.

3.2. En relación con la actividad notarial como una expresión de la descentralización por colaboración, ha dicho la Corte que esta se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares para 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 privado. Mediante esta forma de descentralización “el Estado soluciona la atención de una necesidad pública, por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido. Por eso, bien se ha dicho, que ¨la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas¨.8”9

Sobre este particular se ha pronunciado la Corte en los siguientes términos:

“Es oportuno reiterar, en esta oportunidad, que en la Constitución Política se encuentra la autorización para que el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios de esa misma naturaleza sea[n] confiado[s] a particulares.

La complejidad y el número creciente de las tareas que la organización política debe cumplir en la etapa contemporánea ha llevado a procurar el concurso de los particulares, vinculándolos, progresivamente, a la realización de actividades de las cuales el Estado aparece como titular, proceso que en algunas de sus manifestaciones responde a la denominada descentralización por colaboración, inscrita dentro del marco más amplio de la participación de los administrados “en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, consagrada por el artículo 2 superior como uno de los fines prevalentes del Estado colombiano.

La Constitución Política de 1991 alude al fenómeno comentado en los artículos 123, 365 y 210. La primera de las normas citadas defiere a la ley la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y la regulación de su ejercicio, de conformidad con la segunda, los particulares prestan servicios públicos y de acuerdo con las voces del artículo 210, “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”10.

3.3. En lo que concierne a la actividad notarial como función pública de dar fe, ha explicado la Corte que, de conformidad con la ley11, el notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial. De allí, el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste da cuenta por haber ocurrido en su presencia. Todo ello en razón a que está investido por el

Estado de la autoridad necesaria para atribuir autenticidad a tales actos y atestaciones, como depositario que es de la fe pública.

La función fedante, como se denomina la facultad del notario de dar fe, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración

Sobre este particular ha señalado la Corte:

"3- 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 sus atribuciones.

Esta finalidad básica del servicio notarial pone en evidencia que los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como 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 "función fedante", la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general.

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 de 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

éste.

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 autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evita 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"12. 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 litis13".14

3.4. Ha precisado así mismo la jurisprudencia que la gestión notarial implica el ejercicio de autoridad, en la medida que comporta el desarrollo de una atribución de la cual es titular el Estado, como es la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una función pública.

Al respecto señaló la Corte:

"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. Ese poder o autoridad se traduce en una supremacía de su operador sobre quienes están dentro de un ámbito de actuación que le ha sido 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 servicio.

Para García De Enterría15 la potestad procede directamente del ordenamiento, tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas y no

consiste en una pretensión particular sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, "…de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares".

Justamente en nuestro ordenamiento jurídico, la ley le reconoce a los notarios autoridad cuando les confía atribuciones en las cuales está de por medio el ejercicio de una función pública, pues en ese caso, éstos se colocan en una posición de supremacía frente a quienes acuden al servicio notarial y, por supuesto, los usuarios del servicio quedan obligatoriamente subordinados a las determinaciones que aquél imparta, desde luego, en el ejercicio de sus atribuciones"16.

3.5. No obstante, ha aclarado que se trata de particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública, y aunque objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con los empleados estatales, como la exigencia de neutralidad en sus actuaciones, técnicamente no es válido sostener que por tal circunstancia, adquieran la condición de servidores públicos. Al respecto la jurisprudencia precisó:

"Para esta Corporación 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…".17

(…)

"Comoquiera que el notario ejerce una función pública, se le impone el deber de neutralidad en sus actuaciones: "[…] El notario ejerce una función pública y, si bien por ello, no se coloca en la condición de funcionario público, debe aceptarse que por esa circunstancia adquiere un compromiso especial con el Estado y la sociedad que es el de obrar con absoluta imparcialidad, en el ejercicio de sus funciones, y que, a no dudarlo, se verá comprometida con la intervención en política en apoyo de sus convicciones partidistas. Por eso es que se considera que la prohibición de participar en el debate político, es, para quien detenta la calidad de funcionario público, como para quien ejerce una función pública que atribuya autoridad, una condición necesaria de la neutralidad en el desempeño de sus funciones"18.

(…)

“Si técnicamente no es válido sostener que los notarios son empleados del Estado, no cabe duda de que, objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con éstos, como que también cumplen funciones de interés general y carácter público, ejercen por razón de ello autoridad y están obligados, por lo mismo, a evitar que el ejercicio de cualquier otra función distinta a las que desempeñan, pueda comprometer el interés superior que éstas representan” 19.

3.6. En lo que concierne, específicamente, al eventual ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de los notarios, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que si bien estos operadores ejercen una función pública en tanto depositarios de la fe pública, y que para tales efectos están investidos de autoridad, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución según el cual “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades”.

“En estas condiciones, debe concluirse que los notarios, por no ser autoridades administrativas, no pueden ser titulares de la función jurisdiccional de declarar la prescripción adquisitiva de dominio de que tratan las normas demandadas.

Adicionalmente, si con otro criterio o con un nuevo examen se considerara que las funciones notariales son administrativas, aunque estrictamente no den lugar a la expedición de actos administrativos que creen, modifiquen o extingan relaciones o situaciones jurídicas, por ser esas funciones de manera general de naturaleza meramente declarativa o testimonial, debería también considerarse que, por tratarse de una atribución excepcional de competencia, el Art. 116 de la Constitución autoriza la asignación de funciones jurisdiccionales únicamente a las autoridades administrativas en un sentido subjetivo u orgánico, o sea, a las entidades y órganos que forman parte de la estructura de la Administración Pública de conformidad con las normas legales pertinentes, en particular la Ley 489 de 199820, por ser ellos los titulares originarios y ordinarios de las funciones administrativas, y que, por ende, aquel precepto superior no autoriza tal atribución en un sentido funcional o material, y en forma extensiva, a los particulares que ejercen funciones

administrativas.

Así, con base en tal examen se concluiría también que el Art. 116 superior no autoriza la atribución de funciones jurisdiccionales a los notarios, que contemplan las normas demandadas.

(…)

En este sentido, se insiste en que el legislador, por las razones antes indicadas, no puede atribuir a los Notarios funciones que sean materialmente jurisdiccionales, como lo son las examinadas en este asunto. En cambio, sí puede asignarles funciones relativas a procesos de jurisdicción voluntaria, ya que éstos, como se señaló, conforme al criterio predominante de la doctrina procesal, tienen naturaleza administrativa y no jurisdiccional".

Asimismo declaró en el mencionado fallo que:

"Con base en este precepto superior (116), en concordancia con el Art. 113 ibídem, según el cual son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial, puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico colombiano la regla general es que las funciones jurisdiccionales son ejercidas por la rama judicial del poder público y que por excepción tales funciones son ejercidas por otras entidades u órganos.

Como es obvio, los notarios no quedan comprendidos en la regla general, puesto que no forman parte de la rama judicial.

Por otra parte, no obstante ser particulares, no son aplicables a los notarios las dos excepciones previstas en el inciso final del Art. 116 superior, por no tratarse de las actividades de jurados en causas criminales ni de las de conciliadores o de árbitros en virtud de habilitación por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada".

3.7. En síntesis, de acuerdo con la anterior reseña jurisprudencial la actividad notarial es un servicio público dado 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. Su atribución a los notarios constituye una expresión de la figura de la descentralización por colaboración, la cual se presenta 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. El notariado es así mismo una función pública que implica el ejercicio de la fe notarial. De allí, el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste da fe por haber ocurrido en su presencia. La gestión notarial implica el ejercicio de autoridad atributo necesario para revestir de autenticidad a los actos y atestaciones que presencia, como depositario que es de la fe pública. Sin embargo, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución, según el cual de manera excepcional la ley podrá atribuir función jurisdiccional, en materias precisas, a determinadas autoridades.

Establecida la naturaleza jurídica de la función notarial, corresponde a la Sala determinar si la competencia que el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 atribuye a los notarios, consistente en practicar pruebas extraprocesales con fines judiciales, con citación de la contraparte y sujeción a las reglas del código de procedimiento civil, constituye función jurisdiccional, o por el contrario, como lo sostienen algunos de los intervinientes, e incluso el señor Procurador, implica una labor de apoyo a la actividad típicamente judicial que despliegan los jueces.

4. Criterios para establecer la naturaleza jurisdiccional de una función

La Constitución colombiana prevé que la administración de justicia es función pública y que sus decisiones son independientes (Art. 228), como también que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley (Art. 230).

4.1. La jurisprudencia de esta Corte ha mencionado algunas características y criterios para dilucidar si un determinado acto o actuación tiene naturaleza jurisdiccional, y si por ende, es propio de la función de administrar justicia. Sin embargo, ha aclarado que dichos criterios no tienen un carácter conclusivo, o excluyente de otros que puedan resultar adecuados para resolver un determinado problema jurídico que requiera de dicha distinción.

4.1.1. En este propósito clarificador, en la sentencia C- 1159 de 200821, hizo referencia al atributo de cosa juzgada como uno de los criterios diferenciadores entre la función jurisdiccional, y la administrativo. Sobre el particular precisó:

“4. En la doctrina y en la jurisprudencia ha sido frecuente el debate sobre las características de la función jurisdiccional del Estado y su distinción de la función administrativa del mismo.

De conformidad con el criterio clásico, con base en la división tripartita del poder público, al legislador le corresponde expedir las leyes, a la Administración Pública le corresponde ejecutarlas y a la rama judicial le corresponde la adjudicación del derecho, esto es, atribuir con carácter vinculante los efectos de las leyes a los asociados.

En el Estado de Derecho los jueces, en virtud de su independencia, tanto respecto de las otras ramas u órganos del poder público como en relación con instancias superiores dentro de la misma rama judicial, sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, lo cual constituye el fundamento para que el ordenamiento jurídico otorgue carácter definitivo a sus decisiones, una vez ejecutoriadas, con la finalidad de que las controversias jurídicas no sean interminables y de que no resulten fallidas la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En cambio, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad pero son provisionales y están sometidos al control jurisdiccional, por cuyo efecto se declaran nulos cuando en el proceso respectivo se desvirtúa dicha presunción”.

4.1.2. En el mismo fallo recordó los criterios sentados en la sentencia C-189 de 199822 establecidos en un esfuerzo por caracterizar la función jurisdiccional y diferenciarla de otras funciones estatales. En esta oportunidad hizo referencia a los atributos que deben concurrir en el órgano que emite actos jurisdiccionales como la predeterminación y la inamovilidad, lo que garantiza la autonomía, independencia e imparcialidad de sus decisiones. Al respecto señaló:

“El sentido de la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional.

(…)

De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza del sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y

goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad)23. Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos".24

4.1.3. Así mismo, en la sentencia C-1159 de 2008, se mencionaron otros criterios, específicamente orientados a diferenciar la actuación judicial, de la notarial, tales como la potestad decisoria y adjudicatoria de derechos, propia de los jueces; el carácter contencioso de la materia que origina la actuación; y la naturaleza coercitiva del procedimiento. Al respecto expuso:

"i) Como se indicó, la función esencial de la administración de justicia es declarar si existen o no los derechos y, en caso afirmativo, quién es su titular. Adicionalmente, aquella asegura la efectividad de los derechos ciertos, mediante un procedimiento coercitivo, cuando las personas llamadas a satisfacerlos no lo hacen voluntariamente.

En el presente caso es diáfano que las normas demandadas tienen por objeto que los notarios declaren o reconozcan la adquisición del derecho de propiedad en virtud de la prescripción adquisitiva o usucapión, sobre bienes inmuebles ajenos, lo cual implica necesariamente la extinción del derecho de propiedad anterior. Ello significa que los notarios deben "decir" quién es el titular de ese derecho subjetivo privado, con base en las pruebas correspondientes que obren en la actuación. En este sentido es ilustrativa la exigencia del Art. 10 de la Ley 1183 de 2008, según el cual la solicitud deberá contener, entre otras cosas, los documentos, declaraciones y demás pruebas que a juicio del solicitante le permitan demostrar que ha ejercido posesión pública, continua y pacífica sobre el inmueble durante el plazo establecido en la ley (Num. 6).

Dicha finalidad de la actuación ante los notarios confiere a ésta una naturaleza necesariamente contenciosa, por fundarse en una contienda o conflicto jurídico de intereses, que el Estado debe resolver en forma independiente e imparcial, a favor de una parte y en contra de la otra, con carácter obligatorio y definitivo, o sea, con valor de cosa juzgada, lo cual es lo propio de la jurisdicción de acuerdo con el criterio unánime de la doctrina procesal.

Dicha actuación se contrapone a la llamada de jurisdicción voluntaria, en la que en principio no existe contienda o conflicto jurídico de intereses, aunque puede presentarse

eventualmente en el desarrollo del proceso, sobre aspectos del objeto del mismo; así, por ejemplo, en el proceso sobre designación de guardador puede haber desacuerdo entre los peticionarios e intervinientes sobre la persona del guardador o sobre la cuantía de la caución que éste debe prestar para ejercer sus funciones. Por otra parte, en forma excepcional, el legislador somete al proceso de jurisdicción voluntaria asuntos contenciosos, como ocurre por ejemplo con la adopción. Según el criterio predominante en la doctrina procesal, el proceso de jurisdicción voluntaria tiene carácter administrativo, y no jurisdiccional, y no produce, por tanto, efectos de cosa juzgada.

A este respecto es necesario anotar que la contienda o conflicto jurídico de intereses mencionado existe aunque las personas frente a quienes se formula la pretensión no defiendan su interés, o sea, concretamente, aunque aquellas no formulen excepciones de fondo dirigidas a desvirtuar el pretendido derecho del peticionario o, más aún, aunque las mismas se allanen a la pretensión".

4.1.4. En la sentencia C-1038 de 2002 (M.P, Eduardo Montealegre Lynett) 25, con el propósito de definir si una competencia adscrita a los centros de arbitramento en la fase prearbitral, tenía material y formalmente carácter judicial, se tomaron en cuenta los siguientes criterios. Son judiciales: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Sobre el particular se indicó:

"Sin embargo, a pesar de esas dificultades, en ocasiones, como en el presente caso, es necesario definir si una autoridad ejerce o no funciones judiciales, pues es el presupuesto para tomar la decisión en un sentido u otro. Es pues necesario adelantar unos criterios que permitan entonces determinar si la función ejercida por un particular, o por una autoridad es o no de naturaleza judicial. Y en tal contexto, la Corte considera que existen algunos elementos formales y materiales que son útiles para dirimir esas controversias.

De un lado, existen criterios formales, en torno a los cuales parece existir un cierto consenso académico y jurisprudencial26. Así, en primer término, es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto

significa que una decisión judicial es irrevocable una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada. En segundo término, la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. Finalmente, y ligado a lo anterior, el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Por consiguiente, conforme a esos tres criterios formales, se presumen judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.

De otro lado, aunque resultan más polémicos, también es posible adelantar algunos criterios materiales. Así, la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (CP art. 28), y por ende, se entiende que dichas limitaciones sólo pueden ser desarrolladas en ejercicio de funciones judiciales. Igualmente, la Constitución establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (CP art. 229). Por consiguiente, en principio no sería admisible que una autoridad, en ejercicio de una función no judicial, pueda limitar el acceso a la administración de justicia. Por ende, debe entenderse que en principio una decisión que restrinja el acceso a la administración de justicia, debe a su vez, ser ejercicio de una función judicial.

18- Los anteriores criterios formales y materiales obviamente no son exhaustivos ni son de aplicación mecánica, pues en ocasiones pueden estar en tensión unos con otros. Sin embargo, la Corte considera que en el presente caso, ellos son suficientes para concluir que gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento en la fase prearbitral son de naturaleza judicial. De un lado, desde el punto de vista formal, en esa fase, si bien no se decide directamente el fondo de la controversia, si se toman decisiones y se llevan a cabo trámites que tienen una vinculación directa con el proceso arbitral, que es de naturaleza judicial. Por ende, y como bien lo destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado, esa etapa se encuentra indisolublemente ligada con un proceso judicial, y por ello se entiende que su naturaleza es también judicial. Por ello, se encuentra regulada por el estatuto procesal civil. De otro lado, desde el punto de vista material, las decisiones

tomadas en esa fase prearbitral tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde al director del centro de arbitramento, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento".

4.1.5. En síntesis, ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, las dificultades que en ocasiones presenta la definición acerca de si una función atribuida a una autoridad o a un particular es de naturaleza jurisdiccional, pero también ha destacado la importancia que tal distinción presenta, en situaciones similares a la que ahora enfrenta la Sala, para definir la constitucionalidad de determinadas atribuciones. Para el efecto ha aplicado una serie de criterios que sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, cumplen una finalidad orientadora. En este orden de ideas ha sostenido que son judiciales, desde el punto de vista formal: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces; o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Como criterios materiales ha indicado que (iv) se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial, como el derecho la libertad personal y el acceso a la administración de justicia.

5. Análisis de la competencia que el artículo 113 de la Ley 1395 atribuye a los notarios

5.1. El contexto normativo y el alcance de la expresión acusada

5.1.1. Algunos antecedentes legislativos relevantes de la norma examinada

Como ya lo destacó la Corte en precedente oportunidad27 el objetivo general de La Ley 1395 de 2010 radica en lograr la descongestión judicial a través de reformas a los procedimientos aplicables en diversas especialidades del derecho. Este propósito central se evidencia desde la exposición de motivos del proyecto de ley 197/2008 Senado, que pone de presente la sobrecarga del sistema de justicia en Colombia y la correlativa necesidad de hacerle frente mediante diversos instrumentos, entre ellos la simplificación de los trámites judiciales. Sobre el particular, el documento mencionado señala:

"El Gobierno Nacional, con el mismo espíritu de las reformas que ha venido promoviendo a lo largo de estos años, presenta hoy a la consideración de esa honorable Corporación legislativa un proyecto por medio del cual se adoptan medidas encaminadas directamente a combatir la

congestión judicial.

Para regular la vida social, de por sí conflictiva, y permitirle al hombre contar con unos mínimos de paz, justicia y seguridad, ha existido el derecho, desde tiempos inmemoriales, como medio de control social. Y en las sociedades modernas, signadas por la complejidad, el derecho -como consecuencia y reflejo de ese fenómeno- se ha vuelto, así mismo, crecientemente complejo.

A esa complejidad aparece asociada hoy en día, de una manera que casi parecería que es inevitable, la congestión judicial.

En un documento reciente del Departamento Nacional de Planeación se afirma que la persistente acumulación de expedientes en la justicia formal "a pesar de las medidas de descongestión y las constantes reformas legales implementadas, sigue siendo un factor determinante de los resultados insuficientes de la gestión del sector.28" Y ello, a pesar de que el gasto del Sector Justicia, en términos reales, ha registrado un aumento importante a partir de 2004 (entre 1998 y 2003 se mantuvo relativamente estable), "hasta alcanzar en el año 2006 un incremento del 33% con respecto a lo observado en 2003.29"

(…)

[S]e pueden deducir varias ideas relevantes para una reforma de la justicia orientada a la descongestión: hay que tomar medidas cuya conveniencia, en condiciones teóricas ideales, podría discutirse, pero que, ante fenómenos como el de la congestión y la mora, parecen inevitables; el aparato de justicia tiene que administrarse con la conciencia de que los recursos que se dedican a su funcionamiento son, necesariamente, escasos; hay problemas que tienen que ser rechazados del conocimiento de la justicia, porque hay muchos otros problemas serios, dignos de consideración, cuya atención debe prevalecer; debe limitarse el recurso de apelación y debe acabarse con la idea de que más instancias signifique mayor justicia.

Estos argumentos pueden ampliarse con similares consideraciones formuladas en otros ámbitos jurídicos.

Sin embargo, limitándonos a este marco general de referencia, las reformas que se proponen

en el presente proyecto de ley pueden agruparse, por temas, dentro de las siguientes categorías, antes enunciadas, que no incluyen, desde luego, algunas otras propuestas puntuales: disposiciones que buscan desjudicializar conflictos; disposiciones que buscan simplificar procedimientos y trámites; disposiciones que se orientan a racionalizar el funcionamiento del aparato judicial y hacer más efectiva la justicia mediante un control más estricto de la demanda de la misma."30 (Subrayas no originales).

Para el logro de ese objetivo nuclear de la Ley 1395/10 – la descongestión de los despachos judiciales- se estructuraron reformas al procedimiento que privilegian la celeridad y la obtención de decisiones sin dilaciones justificadas, de acuerdo con el mandato constitucional, sirviéndose para ello de un modelo procesal regido por la oralidad, de una nueva concepción del procedimiento civil, fundada en la preeminencia de las audiencias orales, en contraposición con el peso específico del proceso escrito, vigente hasta la reforma anotada.31

Una de esas estrategias de que se valió la reforma con miras a obtener los propósitos que la animan, es la plasmada en el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, conforme al cual se asigna a los notarios la facultad de practicar pruebas extra proceso con fines judiciales, y concitación de la contraparte, de conformidad con la ritualidad establecida en el Código de Procedimiento Civil.

El alcance de esta medida presentó una transformación significativa en el curso del trámite legislativo. Así el texto original, correspondía al artículo 58 del proyecto y era del siguiente tenor:

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciba declaraciones extraproceso con fines judiciales."

En la exposición de motivos esta medida de descongestión fue justificada en los siguientes términos:

"Práctica de pruebas por las partes. Con la facultad que se le da a las partes en el artículo propuesto en este proyecto de ley, se recoge para todas las jurisdicciones, y dándole una

mayor amplitud a la provisión contenida en el artículo 10 de la Ley 446 de 199833. Así se les permite a las parte, por ejemplo, en materia contencioso administrativa, en las acciones de reparación directa y en otros procesos, descongestionar los despachos judiciales en cuanto a la práctica de pruebas, como la testimonial, para demostrar el perjuicio moral recibido por los demandantes. Los notarios pueden en estos casos recibir los respectivos testimonios.

La parte que no esté de acuerdo con estas pruebas o que pretenda controvertirlas, está en libertad de hacerlos solicitando la ampliación de los testimonios o interrogatorios, o la objeción o aclaración del dictamen pericial, o la expedición de una nueva pericia, pero asumiendo exclusivamente él los cotos y gastos de estas pruebas. También el juez, a costa de la parte que llevó el testimonio, podrá interrogar a los testigos cuando lo considere indispensable para esclarecer puntos de la declaración rendida sin su presencia."34

En el pliego de modificaciones para primer debate en Senado se cambió sustancialmente el diseño y alcance de la norma, proponiéndose el siguiente texto:

Artículo 77. Pruebas extraprocesales. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, con citación de la contraparte y con observación de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el código de procedimiento civil.

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."35

En plenaria de Senado (segundo debate) fue aprobado este mismo texto con la adición que se presenta con subrayas:

Artículo 77. Pruebas extraprocesales. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, con citación de la contraparte y con observación de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el código de procedimiento civil.

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.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales36.

Del proyecto presentado en tercer debate (primero en Cámara) desaparece el artículo 77, y su contenido se traslada al artículo 10 que propone la reforma al artículo 301 del código de procedimiento civil en los siguientes términos:

"Artículo 10. El artículo 301 del código de procedimiento civil quedará así:

Práctica de pruebas extraprocesales. Las pruebas y la exhibición de que trata este capítulo37, se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso.

Sin perjuicio de la competencia atribuida a los jueces municipales, podrán practicarse ante notarios pruebas extraprocesales, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en este código.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación personal, con no menos de cinco días de antelación a la fecha de la diligencia"38.

Este mismo texto – modificación del artículo 301 del C.P.P.- es aprobado en cuarto debate,39 en plenaria de Cámara.

Comoquiera que los textos aprobados en plenarias de una y otra cámara son distintos, sometido a conciliación fue acogido el texto correspondiente al artículo 77 del proyecto, con la adición de que se excepcionan los procesos de carácter penal, por considerar que no pueden modificarse los principios de inmediación y contradicción que inspiran estos procesos. El texto conciliado es el siguiente, y el cual corresponde al artículo 113 de la Ley 1395 de 2010:

"Artículo 113. Pruebas extraprocesales. 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.

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.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extra proceso con fines judiciales."40

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, 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.

5.2. Alcance de la norma. La potestad conferida a los notarios en el precepto acusado transciende su facultad fedataria y de autenticidad

La Ley 1395 de 2010, incluyó dentro de las "Disposiciones varias" la regulación de las pruebas extraprocesales (Art. 113), asignando, de manera general. a los notarios la potestad para su recaudo, incluso cuando estas tienen fines judiciales. Estableció para el efecto algunas reglas de ordenación:

(i) En primer lugar, las pruebas extraprocesales practicadas por notarios, podrán ser destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal.

Esta regla modifica significativamente la competencia tradicionalmente adscrita a los notarios de intervenir en asuntos de jurisdicción voluntaria, fundados en la autonomía de la voluntad, para asignarles una función instructora general de procesos contenciosos de cualquier jurisdicción, salvo la penal. 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 sumaria41, que en consecuencia debía ser ratificada o completada en el escenario judicial de destino42.

En cuanto a la exclusión de la posibilidad de que órganos no judiciales practiquen pruebas con destino a procesos penales, se deriva directamente del artículo 116 de la Carta que prevé que la facultad excepcional que la ley podrá atribuir a autoridades administrativas para cumplir funciones jurisdiccionales en materia precisas, no incluye la de "adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos". En el mismo sentido la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Art. 6º) establece que las autoridades administrativas "No podrá en ningún caso, realizar funciones de instrucción y juzgamiento de carácter penal".

(ii) En segundo lugar, su recepción deberá efectuarse con citación de la contraparte, la cual deberá llevarse a cabo por aviso, con una antelación que no puede ser inferior a dos días, respecto de la fecha de la diligencia.

Este requerimiento reitera el carácter contencioso de la actuación que se somete al notario. Ya no es solamente la decisión autónoma, unilateral o conjunta, de las futuras partes del proceso, de preconstituir algunas evidencias solicitando para ello la intervención del notario a fin de revestirlas de autenticidad, sino que se atribuye el ejercicio de la potestad de coerción que implica la aplicación del derecho en los procesos, comoquiera que la parte contra la que se pretende oponer la prueba debe comparecer y aceptar el escenario de discusión elegido por su contraparte (la notaría). Y aunque el precepto se orienta a asegurar el derecho de contradicción, estrechamente ligado a la garantía del debido proceso y el derecho de defensa, lo cierto es que tal exigencia pone de presente el poder vinculante propio de la potestad jurisdiccional, que se asigna a los notarios.

(iii) En su producción se deben observar las reglas sobre práctica y contradicción de la prueba establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

Este segmento de la norma confirma el propósito del legislador de adscribir a los notarios la misma atribución que el capítulo IX del código de procedimiento civil radica en los jueces de la república, consistente en practicar, a solicitud de parte interesada, pruebas anticipadas o extraprocesales, con sujeción a las reglas del ordenamiento procesal y respetando el principio de contradicción.

De acuerdo con esta habilitación general y permanente los notarios podrían practicar cualquiera de los medios de prueba aceptados en el sistema procesal colombiano, como la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, la exhibición de documentos libros de comercio y cosas muebles, y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez43, con destino a asuntos litigiosos. Basta con que alguien que pretenda demandar o crea que será demandado en cualquier proceso, salvo el penal, solicite al notario la recepción de cualquiera de estos medios de prueba para que, la futura contraparte resulte vinculada a un trámite notarial para la instrucción del proceso.

(iv) El inciso final de la norma acusada faculta a los notarios para que "reciban 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 voluntariedad de las partes que concurren al recaudo de la evidencia, tal como lo prevé el artículo 299 del código de procedimiento penal que prescribe al respecto:

"Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin".

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 201244, 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 22245. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.”46(Subrayas fuera del original).

Esto indica que el inciso final del artículo sometido a examen no introduce cambios en relación con la potestad tradicionalmente reconocida a los notarios, en el marco de su función fedataria, de recibir declaraciones extraproceso, mediando el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que la solicitan. Si el testimonio se recauda sin audiencia de la parte contra la que se pretende oponer, deberá ser ratificado en el proceso.

Analizado el alcance del precepto acusado, encuentra la Corte que la potestad que la norma adscribe a los notarios en sus incisos primero y segundo, en el sentido de atribuir de manera general y permanente funciones de instrucción de procesos contenciosos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y sujeción al procedimiento civil, desborda el ámbito de la función notarial, limitada a dar fe y autenticidad respecto de los actos que los particulares en ejercicio de su autonomía de la voluntad, registran en su presencia. Las funciones que los mencionados incisos asignan a los notarios, en materia de práctica de pruebas destinadas a procesos judiciales de naturaleza contenciosa, en los términos previstos en la norma, adquiere naturaleza judicial, aspecto que será objeto de análisis a continuación.

5.3. La potestad conferida a los notarios en los incisos primero y segundo del artículo 113 de

la ley 1395 de 2010 es de naturaleza jurisdiccional, lo que conduce a su inexequibilidad

5.3.1. En el fundamento jurídico 3 de esta sentencia se compilaron los criterios generales, de orden formal y material, que la jurisprudencia de esta Corte ha aplicado, en casos concretos, para definir la naturaleza judicial o no, de una atribución dada a autoridades administrativas o a particulares, criterios que, sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, constituyen una guía para la adopción de una decisión. Así mismo se hizo referencia a unos parámetros específicos aplicados en relación con competencia atribuidas a notarios.

En cuanto a los criterios generales se dijo que son judiciales, desde el punto de vista formal: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces; o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Como criterios materiales ha indicado que (iv) se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial, como el derecho la libertad personal y el acceso a la administración de justicia.

De manera más específica, con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: (i) la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; (iii) y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.

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 el 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 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 valorarlas47". En la medida que constituyen actos propios de la potestad jurisdiccional.

5.3.2. Desde el punto de vista de los criterios generales formales, encuentra la Corte que la atribución que el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 adscribe a los notarios, consistente en practicar de manera permanente, pruebas extraprocesales con destino a procesos contenciosos de cualquier jurisdicción (excepto la penal), y con sujeción a las reglas de práctica y contradicción previstas en el código de procedimiento civil, constituye una actividad procesal que se encuentra indisolublemente ligada al proceso judicial de destino.

En efecto, la importancia de la prueba como presupuesto fundamental para el reconocimiento de los derechos subjetivos que se debaten en los procesos contenciosos, su notable proximidad con el valor justicia, y su estrecha relación con derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la justicia, hacen que la práctica probatoria no pueda concebirse como una actividad ajena, extraña o distante del proceso judicial al que sirve y dota de fundamento fáctico. Como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte: "La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho"48.

5.3.3. En atención a los criterios materiales mencionados, se advierte que en la práctica probatoria que se atribuye a los notarios, eventualmente se pueden presentar situaciones que afecten derechos fundamentales de los usuarios de la justicia, y que por ende las decisiones y las actuaciones que al respeto deban adoptarse deben tener naturaleza judicial. Como se indicó, la norma autoriza al notario para practicar cualquier tipo de prueba, en los mismos términos en que se faculta a los jueces, con la única excepción de aquellas que van con destino a procesos penales. En ese orden de ideas, podría practicar una inspección judicial sobre personas, en la cual se autoriza al operador jurídico "ordenar exámenes radiológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquellas".49

Igualmente, en varias disposiciones contenidas en el régimen probatorio al que remite la norma50 se permite al funcionario que practica la prueba la aplicación de medidas correccionales, como la multa por efecto de la desobediencia del testigo que se rehusare a prestar juramento, a declarar o que diere respuestas evasivas, e incluso la potestad de ordenar oficiosamente su conducción forzada con intervención de la policía (Artículos 228 y 225 del C.P.C.); la imposición de multa a la parte que obstaculice la práctica de una inspección judicial (Art. 246.2), potestades que sin duda repercuten en la afectación de la autonomía de los individuos y se fundamentan en los poderes coercitivos que se atribuyen a los jueces, pero que de ninguna manera pueden extenderse a los notarios, cuya función como lo ha reiterado la Corte "no está precedida de jurisdicción", el notario "carece de poder decisorio e impositivo, de manera que ante él no se plantean conflictos ni se esgrimen pretensiones y excepciones"51. (C-093 de 1998)

Finalmente, teniendo en cuenta que el sistema probatorio establecido en el código de procedimiento civil, se fundamenta en el principio de la inmediación conforme al cual "el juez practicará personalmente todas las pruebas" exceptuando únicamente aquellos eventos en que no lo puede hacer en razón del territorio52, en diversas oportunidades el funcionario instructor, se verá enfrentado a adoptar decisiones de trámite con claras implicaciones en el derecho de acceso a la justicia. Así acontece por ejemplo con la decisión que debe adoptar el juez sobre una tacha de testigos por inhabilidad para testimoniar (Art. 218 C. de P.C.); la valoración de las excusas presentadas por el testigo que no asistió a la primera citación, para que el juez autorice la posposición de la audiencia en la que se practicará el interrogatorio (Art. 209 C.P.C.); la limitación del número de testimonios bajo la valoración de suficiencia de los recaudados para acreditar el objeto de prueba (Art. 219 C.P.C.); la definición sobre los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio de parte (Art. 210 C.P.C.); resolver sobre la recusación de un perito y la imposición de multa, si llegare a prosperar la recusación (Art. 235 C.P.C.); el trámite de las objeciones al peritazgo (Art. 238 C.P.C.).

Como las mencionadas son múltiples las situaciones en que, en el contexto de la práctica probatoria en los procesos contenciosos, el funcionario instructor se ve enfrentado a la adopción de decisiones no solamente de ordenación, sino que exigen valoraciones, e incluso, ejercicio de poder coercitivo, atribuciones que son propias de la potestad jurisdiccional, y que por ende no pueden ser trasladadas a los notarios.

El carácter contencioso de la actuación probatoria que se asigna a los notarios por virtud de la norma acusada, y la previsión de que dicha actividad se desarrolle con la citación de la parte contra la que se pretende oponer la prueba extraprocesal solicitada, comporta el carácter vinculante de esa citación, y el despliegue coercitivo del derecho, propio de la función jurisdiccional. La no comparecencia de la contraparte citada a las diligencias probatorias que se practicarán por el notario a instancia de una de las partes, le genera consecuencia procesales negativas, como por ejemplo la de que se presuman ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión en el interrogatorio de parte (Art. 210 C.P.C.), o la de dar por surtido el reconocimiento de un documento ante la renuencia del citado a comparecer (Art. 274 C.P.C.). El desplazamiento al notario de estos poderes coercitivos en el desarrollo de la actividad probatoria, implica la adscripción de una función que es propia de la judicatura. Se le adjudican así unas funciones que desconocen el eje fundamental sobre el que gravita la función notarial, que no es otro que el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los usuarios del servicio público notarial.

5.3.5. En conclusión, la potestad general y permanente adscrita a los notarios, en los incisos primero y segundo de la norma bajo examen, consistente practicar todo tipo de pruebas con destino a procesos contenciosos de cualquier especialidad (salvo la penal), con citación de la contraparte y sujeción a las ritualidades previstas en el código de procedimiento civil, constituye formal y materialmente función jurisdiccional, comoquiera que se trata de una actividad indisolublemente ligada a los procesos judiciales de destino, en cuanto constituye el soporte fáctico del mismo; tiene la potencialidad de afectar derechos fundamentales no solamente por plasmar una dimensión del derecho fundamental al debido proceso y de la garantía de acceso a la justicia, sino por que en el desarrollo de dicha actividad se pueden adoptar decisiones que eventualmente afecten otros derechos fundamentales como la autonomía individual. Se trata además de una función que se distancia significativamente de la función fedataria y de autenticidad que caracteriza la actividad notarial, regida por la autonomía de la voluntad de sus usuarios, ubicándose en un plano en el que se ejercen poderes coercitivos y se despliega el carácter vinculante de los actos propios de la administración de justicia.

5.4.6. En consecuencia, habiendo establecido que (i) la función que los incisos primero y segundo del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, asignan a los notarios reviste naturaleza jurisdiccional; (ii) que los notarios no son autoridad administrativa en sentido orgánico, a la

que se le pudiere atribuir, excepcionalmente y en materia precisas, función jurisdiccional al tenor del inciso tercero del artículo 116 de la Constitución; (iii) que para los efectos señalados en la norma, tampoco pueden ser ubicados en ninguna de las categorías de particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en tanto que no son jurados en causas criminales, ni conciliadores, ni árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad; concluye la Corte que asiste razón a las ciudadanas demandantes, toda vez que la Constitución no autoriza a los notarios para desempeñar funciones jurisdiccionales como es la de practicar pruebas anticipadas con destino a procesos judiciales, con citación de la contraparte y sujeción al código de procedimiento civil.

Por consiguientes, con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte declarará la inexequibilidad de los incisos primero y segundo del artículo 113 de la Ley 1395 de 2012 que establecen:

"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.

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".

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 voluntariedad 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.

Teniendo en cuenta que la actividad de recaudo probatorio extraprocesal por parte de los notarios, está fundada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los comparecientes, nada se opone a que las futuras partes de un proceso, unilateralmente, o de común acuerdo, concurran ante el notario para solicitar la recepción de declaraciones o testimonios para ser

presentados en un proceso judicial, en el que deberán ser ratificados si no contaron con la audiencia de la parte contra la cual se oponen, a fin de preservar el principio de contradicción.

Por las razones expuestas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "Facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales" contenida en el inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, por considerar que tal como está plateada esta facultad, no entraña ejercicio de función jurisdiccional, en tanto esta mediada por el ejercicio de la autonomía de la voluntad del los usuarios del servicio público fedatario, y constituye un instrumento de apoyo a la actividad judicial y un escenario que permite el aseguramiento de la prueba con fines judiciales. Sustraídos los apartes hallados contrarios a la Constitución, el texto del precepto examinado quedará así: "Artículo 113. Pruebas extraprocesales. Facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales".

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar INEXEQUIBLES los incisos primero y segundo, y la expresión "Para estos efectos," del inciso tercero, del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el segmento normativo "Facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales", contenida en el inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

Con salvamento parcial de voto

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente en comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-863/12

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva

Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Corte Constitucional, a continuación expongo brevemente los motivos por los cuales, si bien comparto la orientación general del fallo, me aparto de la decisión adoptada en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia C-863 de 2011, en el sentido de declarar la inexequibilidad de los incisos primero y segundo, y la expresión "Para estos efectos," del inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010.

En resumen, considero que el citado artículo obedeció a una medida de descongestión de los despachos judiciales, disposición acorde con la garantía al acceso a la administración de justicia, la cual, a su vez, otorga celeridad y eficiencia a los procesos judiciales, efectos por demás constitucionales. Por otra parte, la función conferida a los notarios, mediante la inclusión de esta norma, no implicaba, desde ningún punto de vista, el ejercicio de funciones jurisdiccionales, en la medida y en razón a que su labor se limitaba a elaborar las actas correspondientes y a dejar constancia de las pruebas que se practicarían en su presencia, sin emitir conceptos respecto de las mismas.

Así mismo, la citación de la contraparte para efectos de la diligencia de práctica de pruebas, previsión consagrada por el legislador, constituía una garantía al debido proceso, máxime cuando dicha diligencia debía realizarse con observancia de las reglas de contradicción, por lo que cualquier desacuerdo manifestado por la contraparte debía ser atendido por el notario, quien dejaría constancia de la manifestación. Esta prerrogativa, no implicaba el ejercicio de facultades de conducción, atribuciones reservadas para la autoridad judicial, sino una simple elaboración de constancias de la diligencia.

Por otra parte, la función notarial es desempeñada por particulares sujetos a un régimen especial de carrera, en el cual, para poder ingresar se requiere, entre otras requisitos, contar con calidades y cualidades profesionales y personales (experiencia, estudios, entre otros), exigencias que certifican la idoneidad y competencia de estos funcionarios, por lo que no cualquier individuo puede acceder a esta clase de cargos. De igual forma, los particulares

que se desempeñan como notarios están sujetos a un régimen disciplinario especial, circunstancia que los diferencia ampliamente de aquellos particulares que ejercen funciones públicas. De las anteriores razones se colige, que en el caso de la norma acusada, ésta no privatizaba de ninguna forma la función judicial.

Por último, resulta flagrantemente contradictorio considerar que la facultad otorgada a los notarios por la norma acusada, para recibir "declaraciones extraproceso con fines judiciales", resulte acorde con la Constitución, mientras que el resto del artículo 113 que exhibe análogos alcances e implicaciones, la vulnere. Esa falta de coherencia compromete la univocidad interpretativa con la que debió examinarse la exequibilidad íntegra del texto respectivo.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Sentencia C – 1159 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

2 Sentencia C-093 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 Sentencia C – 181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

4 La naturaleza jurídica y los rasgos característicos de las funciones desempeñadas por los notarios, han sido objeto de varios pronunciamientos de esta Corporación. Así en la sentencias C-1159 de 2008 y C-1212 de 20001, M.P. Jaime Araújo Rentaría; en la sentencia C-1508 de 2000, M.P.Jairo Charry Rivas; sentencia C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

6 Sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas. La Corte declaró exequible una expresión del artículo 10 del Decreto 960 de 1970 que prevé una incompatibilidad ente el ejercicio de la función notarial y la intervención en política, distinta al ejercicio del sufragio. Dijo la Corte "En resumen, si técnicamente no es válido sostener que los notarios son

empleados del Estado, no cabe duda de que, objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con éstos, como que también cumplen funciones de interés general y carácter público, ejercen por razón de ello autoridad y están obligados, por lo mismo, a evitar que el ejercicio de cualquier otra función distinta a las que desempeñan, pueda comprometer el interés superior que éstas representan".

7 Sentencia C-181 de 1997. En esta sentencia la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "autoridad" contenida en el artículo 2º del Decreto 960 de 1997, que establece que "La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo círculo de notaría". Indicó la Corte que: "De un análisis desprevenido del artículo 2 del decreto 960 de 1970 fluye, con claridad, que el propósito ínsito en esa disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste".

8 Derecho Administrativo, Gabino Fraga, E. Porrúa, Mexico, 1980, p. 210

9 Sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas.

10 Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

11 El artículo 2° del Decreto 960 de 1970, establece que: La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo Círculo de Notaría". Sobre el alcance de este precepto, la Corte, en la sentencia C-181 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), precisó: "[…] el propósito ínsito en esa disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste"//. El Artículo 1° de la Ley 588 de 2000 "Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial", establece: "El notariado es un servicio

público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial".

12 Joaquín Costa citado Guillermo Cabanelas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. (21 Ed) Buenos Aires: Heiliasta, 1989, Tomo V, p 572.

13 Francisco Carnelutti. "La figura jurídica del notario" citado por Hernán A Ortiz Rivas. Ética notarial. Bogotá: Ediciones Ibañez, 1993, p 37.

14 Sentencia. C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

15 Eduardo García De Enterria y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, T. I, p. 419, E. Cívitas, Madrid 1986

16 Sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas.

17 Sentencia No. C-166 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

18 Sentencia C-1508 de 2000.

19 Ibídem.

20 Conforme a lo dispuesto en el Art. 39 de la Ley 489 de 1998, la Administración Pública en el orden nacional "se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano".

21 M.P. Jaime Araújo Rentería-.

22 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

23 Sobre las garantías orgánicas que debe tener un juez para cumplir sus funciones, ver, entre otros, Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995, pp apartado 40.

24 Sentencia C-189 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

25 En esta sentencia la Corte declaró la inexequibilidad (parcial) del artículo 121 de la Ley 446 de 1998 que establecía atribuciones judiciales a los centros de arbitramento en la fase

prearbitral. Consideró la corporación que la adscripción de tales funciones era contraria al principio de habilitación (Art. 116 inciso 4º) que tiene carácter restrictivo.

26 Al respecto, ver, entre otras, la sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

27 Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

29 Ibíd., pág. 4.

30 Gaceta del Congreso 825 de 2008, noviembre 19 de 2008, p. 7.

31 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva).

32 Artículo 21. En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo. (Se destaca).

Estos informes deberán presentarse autenticados como se dispone para la demanda.

33 Articulo 10. Solicitud, aportacion y practica de Pruebas. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

2. Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación.

3. Las partes y testigos que rindan declaración podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, los cuales se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres (3) días a las partes, sin necesidad de auto que lo ordene.

4. Las personas naturales o jurídicas sometidas a vigilancia estatal podrán presentar informes o certificaciones en la forma establecida en el artículo 278 del Código de Procedimiento Civil.

34 Gaceta No. 625, noviembre 19 de 2008, pág. 12.

35 Gaceta No. 1257, diciembre 9 de 2009, pág. 11.

36 Gaceta No. 1318, diciembre 21 de 2008, pág. 26.

37 Capítulo X. Pruebas anticipadas.

38 Gaceta No. 262 , mayo 26 de 2010.

39 Gaceta No. 319 de junio 10 de 2010.

40 Gaceta No.350 de junio 15 de 2010, pág. 19.

41 “La prueba sumaria es aquella que no ha sido sometida a contradicción ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer” (Antonio Rocha Alvira, citado en la sentencia C-523 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correra). “La prueba sumaria, por naturaleza, es un aprueba incompleta, la cual no ha sido sujeta a contradicción.” (Sentencia T-201 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

42 “Artículo 299. Testimonios ante notarios y alcaldes. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 130 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin”.

43 Artículo 175 del código de procedimiento penal.

44 “Por medio de la cual se expide el Código General del proceso y se dictan otras disposiciones”.

46 Artículo 188 de la Ley 1564 de 2012.

47 Derecho procesal. Pruebas judiciales. Devis Echandía, Hernando, Tomo II, décima edición, Biblioteca Jurídica Dike, págs. 85 y 86.

48 Sentencia T-171 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

49 El artículo 246 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil, establece: “Práctica de la inspección judicial. (…) 5. Cuando se trate de inspección de Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra.”

50 Sección Tercera, título XIII del Código de Procedimiento Civil.

51 Sentencia 093 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Examinó la constitucionalidad del artículo 6º del Decreto 960 de 1970, que establece la facultad de los notarios para negarse a autorizar un instrumento notarial. La norma fue declarada exequible.

52 Articulo 181 del código de procedimiento civil.