

NOTARIADO Y REGISTRO EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1991

*Hernán A. Ortiz Rivas**

Acierto innegable de nuestra Carta Política es haber incluido en su sistema de normas al notariado y al registro, porque les imprime un sello de majestad y reconocimiento a la importancia de estas dos instituciones, que desarrollan el derecho negocial en completa paz jurídica, como parte activa de la administración de justicia oficial, en la sociedad civil, de aquélla denominada por Aristóteles, justicia distributiva reguladora.¹

Este acierto se incrementa al observar que el constituyente de 1991, ubica en forma correcta al notariado y al registro, bajo el título V, que trata: "De la organización del Estado", capítulo 29: "De la función pública".² ¿Qué significado jurídico tiene dicha ubicación? Sencillamente que las dos instituciones son

* Notario. Notaría Tercera, Santafé de Bogotá.

1 Aristóteles. *Etica Nicomaquea. Etica Eudemia*, 1131a-1131b. Trad. Julio Pallf Bonet, Ed. Gredos, Madrid, 1985, pp. 242-245.

2 Sáchica, Luis Carlos. *Constitución Política de la República de Colombia*. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1991, pp. 49 y ss.

partes del Estado, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución Política del Brasil de 1988, que las define como servicios privados, por delegación del poder público (artículo 236). Esta precisión constitucional desbarata de una vez por todas, la doctrina que insistentemente considera la actividad notarial, como "gestión privada que ejerce funciones públicas",³ cuya inspiración proviene de la mentalidad creada por la república señorial, a contrapelo de lo sostenido con reiteración por la Corte y el Consejo del Estado, desde hace mucho tiempo, sobre la naturaleza jurídica del notariado y sus servidores al calificarlos como sujetos oficiales, no privados.⁴

Una lectura atenta del sistema constitucional del notariado y el registro, permite concluir que la anterior tesis es acertada, sin ignorar la interpretación histórica sobre el tema expresada en las actas de la Asamblea Constituyente, en especial la dedicada al proyecto de artículo que fue aprobado, en definitiva, contrariando su exposición de motivos.⁵ Si el notariado y el registro están definidos en la Carta como entidades del Estado, cabe preguntar: ¿qué clase de entidades son? En el artículo 113, inciso 1, de la Constitución se parte de la clásica tridivisión del poder público, en sus ramas legislativa, ejecutiva y judicial. A ninguna de ellas pertenecen el notariado ni el registro. En el inciso 2 del artículo citado se dice que fuera de los órganos de las tres ramas mencionadas existen otros, autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Es decir, el poder público colombiano no sólo se integra por las tres ramas clásicas heredadas del pensamiento europeo. En el capítulo 1, del título V, se citan algunos órganos autónomos e independientes del Estado, en forma meramente enunciativa, no taxativa: el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil (artículos 117 a 120). Consideramos que el notariado y el registro forman parte de los órganos autónomos e independientes del poder público, en los cuales el Estado delega las altas y complejas funciones de realizar la paz jurídica, en el desarrollo del derecho negocial. Se trata de unos órganos del orden nacional, públicos, no particulares, por colaboración oficial, según la nomenclatura del derecho adminis-

3 Cubides Romero, Manuel. *Derecho notarial colombiano*. Universidad Esternado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1992, 2a. ed., pp. 111 y ss.

4 Ortiz Rivas, Hernán A. *Comentarios al Estatuto del Notariado Colombiano*. Ed. Temis, Bogotá, 1984, pp. 146 y ss.

5 Gaceta Constitucional, No. 66. Bogotá, D.E., mayo 3 de 1991, III. Notariado: continuidad constitucional, no a la estatización. Ponentes: Armando Holguín Sarria y Fernando Carrillo Flórez, pp. 12-13.

trativo, cuyas características jurídicas son peculiares frente a otros órganos oficiales.

Señalados los aciertos de la norma constitucional sobre notariado y registro, nos corresponde destacar, brevemente, sus despropósitos. Se reprodujo un rasgo feudal de la Carta de 1886 (artículo 188, acto legislativo No. 1 de 1931, artículo 1), al repetir que estas funciones fedatarias son un "servicio público que prestan los notarios y registradores" (artículo 131), como si solamente los atendieran dichos funcionarios, sin tomar en cuenta la realidad cotidiana que demuestra todo lo contrario, vale decir, que miles de servidores distintos a los citados colaboran eficazmente para la prestación de estas actividades oficiales.

Igualmente se reitera que son servicios públicos, lo cual era explicable en 1931, cuando la doctrina administrativista predominante sostenía que únicamente el Estado monopolizaba la prestación de los servicios públicos, doctrina hoy revaluada, máxime en estos momentos cruciales en que la ola pasajera del neoliberalismo quiere privatizarlo todo. La denominación jurídica del artículo 131, que califica al notariado y al registro, como servicios públicos contradice el espíritu del título V de la Carta, cuyo capítulo 2, precisamente habla de la función pública y su articulado normativo se consagra a algunos temas de los empleos oficiales y servidores públicos (artículos 122 a 131). En la Carta el tema de los servicios públicos aparece tratado en el título XII (Del régimen económico y de la hacienda pública), capítulo 5. En el artículo 365 se dice que dichos servicios constituyen la finalidad social del Estado y que pueden ser prestados por éste, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Como no faltarán autores que fundamentados en esta norma lleguen a sostener que el notariado y el registro pueden ser ejercidos por particulares, conviene decir que tal creencia carece de sustento jurídico, no sólo por ser considerados en la Carta como funciones públicas, sino por su propia naturaleza jurídica. Es verdad que los particulares, según la Constitución, pueden desarrollar funciones públicas; pero cuando tengan carácter temporal (artículo 123, inciso 3), situación que no se presenta ni en el notariado ni en el registro, que sobra decirlo son actividades permanentes. En todo caso, ante la impropiedad del legislador, antes puntualizada, si nos atenemos a la interpretación gramatical, la menos aconsejable en este punto, tenemos que concluir que el notariado y el registro son servicios públicos del Estado, no particulares.

De otra parte, la norma contenida en el artículo 131 atribuye a la ley la competencia para toda la reglamentación del notariado y el registro y añade antitécnicamente tres aspectos específicos, como facultades del Congreso Nacional, a

saber: 1) la definición laboral de los empleados notariales y registrales. La norma dice: para sus empleados aludiendo a los notarios y registradores con lo que introduce otro rasgo señorial posesivo impropio de una Constitución democrática programada para el futuro. 2) Lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. A propósito de esta preceptiva constitucional, recientemente, el Congreso Nacional, en la llamada reforma tributaria desarrolla esta norma fijando el 10% de los ingresos brutos de las notarías, para la administración de justicia judicial. Y 3) el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concursos. Este casuismo farragoso e innecesario carece de sentido, porque el Congreso Nacional tiene plenas facultades constitucionales para organizar o reglamentar toda la función notarial y la registral, según lo estatuido en el artículo 150, numeral 2, salvo lo atinente con sus aparatos burocráticos, como veremos en seguida. ¿Entonces para qué destacar los tres aspectos mencionados? No encontramos una razón jurídica que explique el fundamento de esta parte de la norma que encierra una flagrante contradicción entre lo general de las facultades del Congreso Nacional, que puede: expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones (artículo 150, numeral 2) y unas atribuciones específicas como las del artículo 131, resultado de improvisaciones legislativas contrarias a la debida técnica de hacer normas jurídicas.

Finalmente, la norma introduce una dicotomía improcedente al facultar, por una parte, al gobierno para crear, suprimir o fusionar círculos notariales y registrales y determinar el número de notarios (sic) y de oficinas de registro y, por la otra, como acabamos de ver de dar competencia al Congreso Nacional para la reglamentación del notariado y el registro. En esta materia, la Carta de 1886, artículo 188, era más coherente puesto que atribuía al Congreso Nacional: la creación y supresión de los círculos de notaría y de registro y la reglamentación de ellos. Ahora, pues, a la ley compete la reglamentación del notariado y el registro y al gobierno el manejo de su aparato burocrático. Tampoco encontramos una razón jurídica para explicar dicha dicotomía, que nos recuerda la historia señorial cuando los reyes, príncipes y demás cortesanos hacían los nombramientos de los notarios y creaban a su antojo las oficinas fedatarias.

El nombramiento de los notarios, mediante concurso, cuando se trate de ejercer el cargo en propiedad es un buen logro de la Carta, porque amplía las posibilidades de ingreso al notariado. Hasta el momento no se ha cumplido este mandato constitucional, no obstante algunas vacantes presentadas después de entrar en vigencia la Carta, tal vez porque en Colombia, como dijo Miguel Antonio Caro, citado de memoria, lo único permanente es lo interino. El concurso para

ingresar al notariado en propiedad existe desde 1970, pues el decreto ley 960 del año citado, lo establece claramente; pero por vicisitudes legales que no viene al caso comentar, se podía prescindir de su convocatoria, ya que había una facultad discrecional del gobierno al respecto, hasta el año de 1983, cuando el decreto reglamentario 2148 impuso la obligatoriedad del concurso, para el nombramiento de notario en propiedad (artículo 84), norma que fue declarada inexecutable por el Consejo de Estado.

Hay que esperar un desarrollo legal de estas preceptivas constitucionales, lo mismo que una reforma a fondo del notariado y el registro para adaptarlos a los nuevos tiempos signados por la abolición de las solemnidades arcaicas, manuales, protocolarias, que, hoy, caracterizan a estas actividades fedatarias que ya han agotado las prácticas tradicionales heredadas de cierto romanismo de buen recibo en la sociedad civil del pasado.

Lo ideal hubiese sido que el notariado y el registro estuviesen ubicados en la Carta dentro del espacio de la administración de justicia no contenciosa, porque como hemos insistido, estas actividades desarrollan una parte sustancial del derecho, donde reina la paz jurídica, la ausencia total de conflicto entre las personas, otra modalidad de administración de justicia.