



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL**

TEMA:

**EL SERVICIO NOTARIAL ECUATORIANO FRENTE A LAS
ACTIVIDADES DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS DELITOS
FINANCIEROS Y OTROS DELITOS CONEXOS**

AUTOR:

ABG. GALO XAVIER CASTILLO CASTRO

GUAYAQUIL, ECUADOR

2023



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Abogado Galo Xavier Castillo Castro**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral**

REVISORES

Ab. María José Blum Moarry, Ph.D
Revisora

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Ab. Ricky Benavides Verdesoto, Mgs.

Guayaquil, a los 23 días del mes de mayo de 2023



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Galo Xavier Castillo Castro

DECLARO QUE:

El Proyecto de Investigación **El servicio notarial ecuatoriano frente a las actividades de prevención y control de los delitos financieros y otros delitos conexos** previa a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 23 días del mes de mayo de 2023



Galo Xavier Castillo Castro



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Galo Xavier Castillo Castro

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, **la publicación** en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada **El servicio notarial ecuatoriano frente a las actividades de prevención y control de los delitos financieros y otros delitos conexos** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 23 días del mes de mayo de 2023



EL AUTOR:

**GALO XAVIER
CASTILLO
CASTRO**

Abg. Galo Xavier Castillo Castro



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL
INFORME DE URKUND**

The screenshot displays the URKUND application interface. At the top, a metadata panel shows document details: 'Documento: TRABAJO DE TITULACIÓN URGUNDA CATÓLICA (216110007)', 'Presentado: 2021-04-12 13:38:19 (UTC)', 'Presentado por: marlon@urkund@gmail.com', 'Red Web: https://urkund.com/analisis/urkund.com', and 'Mensaje: Faltó Tarea Final para revisión del Gabo Mayor Casullo Castro Miguel. [Verificar el mensaje de la tarea](#). Se trata de un progreso de composición de texto que se encuentra en 0 bytes.' Below this is a 'Lista de Fuentes' panel with columns for 'Categoría' and 'Índice/Nombre de archivo', containing 'Fuentes alternativas' and 'Fuentes de localización'. The main workspace shows two certificate images. The left image is titled 'CERTIFICACION' and contains the text: 'Certifico que el presente trabajo fue desarrollado en el sistema de Magister Gabo Mayor Casullo Castro Miguel, quien se encuentra inscrito en el sistema de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.' Below the text are fields for 'Dirección Académica de Magister en Derecho Notarial y Registral', 'DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN', 'D:', 'Nombre', '_____, ID:', 'DIRECTOR DEL PROGRAMA', and '_____, ID:'. The right image is titled 'Archivo de registro (Urkund) - Universidad Católica de Santiago de Guayaquil - 000000000' and contains the text: 'CERTIFICACION' followed by 'Certifico que el presente trabajo fue desarrollado en el sistema de Magister Gabo Mayor Casullo Castro Miguel, quien se encuentra inscrito en el sistema de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.' The bottom of the screenshot shows a Windows taskbar with open files: 'TRABAJO DE TI..._docx', 'imges0R_4_3021...png', and 'imges0R_4_3110...png', along with a 'Mostrar todo' button.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, como el sumo creador no solo de mi vida, sino de todo aquello que me motiva y me inspira seguir adelante, así como también por permitirme contar con las personas adecuadas en mi vida que con su afecto, amor, aprecio, bondad y guía me han permitido mejorar como ser humano, como hijo, como hermano y tío, como esposo, padre, profesional y como amigo.

Mi eterna gratitud a mis padres que con su amor y ejemplo me han enseñado que en la vida existen muchas metas por alcanzar y que siempre se puede hacer algo positivo por los demás. Admiro su vocación de entrega, solidaridad y lucha que me han inculcado como valores y pilares fundamentales para llevar a cabo cualquier emprendimiento y todo cuanto me proponga.

A mis hermanos y sobrinos con quienes he aprendido a compartir mi amor, a dar siempre lo mejor de mí.

A mi suegro Carlos San Andrés Restrepo, de quien he heredado el amor y la vocación por el notariado. A mi suegra Laura Fuentes, por ser una consejera y una amiga que me ha mostrado que siempre se puede ser más y que la bondad y gratitud son valores enaltecedores del ser humano. A mi cuñado Carlos San Andrés Fuentes, un hermano y un amigo en quien siempre he encontrado apoyo y respaldo incondicional.

A mi esposa Karla, una mujer trabajadora, luchadora y noble, fiel compañera que me ha dado lo mejor que tengo, a una hermosa familia, además de ser esa fortaleza que nunca me deja decaer y me anima a nunca bajar los brazos. A mis hijos Xavier Emilio y Juan Diego, mi razón de ser, el motivo principal para inspirarme y dar el mejor ejemplo como padre, como amigo y profesional, que mis sueños cumplidos solo sean el principio de sueños y triunfos más grandes para ellos.

¡A mi amigo de aulas y amigo personal, Andrés Tutivén por su ineludible apoyo profesional en mi carrera Universitaria y de Postgrado, sin su apoyo técnico jurídico esta Tesis no podría haberse desarrollado con tanto éxito! ¡Gracias hermano!

Agradezco a la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, a todo el cuerpo administrativo y docente en esta maestría en Derecho Notarial y Registral, en

especial a mi maestra la Dra. María José Blum quien con sus enseñanzas y dirección me ha permitido realizar esta tesis no solo como un requisito académico, sino como una declaración profesional en la defensa del notariado.

A todos ustedes, gracias.

Ab. Galo Xavier Castillo Castro M.SC.

DEDICATORIA

A Dios, por todas sus bendiciones y cosas buenas que pone en mi vida, por ser mi luz a lo largo del camino.

A mis padres, porque ellos me han criado con valores como el amor, el respeto, la gratitud y la bondad.

A mis suegros, quienes me han dado su amor y cariño y por hacerme sentir querido como un hijo más, por lo que guardo gratitud infinita.

A mi esposa, por ser esa mujer amorosa, de temple y carácter que me ha permitido encontrar rumbo y sentido en mis esfuerzos.

A mis hijos, mi alegría, mi fuente de inspiración cotidiana por lo que trato diariamente de ser un mejor hombre.

Este logro es para todos ustedes.

Con cariño, amor y gratitud eterna,

Abg. Galo Xavier Castillo Castro. M.Sc.

ÍNDICE

Contenido

ÍNDICE	IX
RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN	1
DESARROLLO	3
Fundamentación doctrinal	3
La competencia de los notarios según la ley	3
Los notarios frente a comisión de delitos financieros y delitos conexos	4
La independencia de las funciones a nivel judicial	6
La Fiscalía como titular de la acción penal	7
Los órganos de control a nivel de actividades financieras	8
Metodología	11
Enfoque de la investigación	11
Diseño de la investigación	11
Profundidad	11
Desarrollo de entrevistas	12
DISCUSIÓN	14
PROPUESTA	21
Justificación de la propuesta	21
Objetivo General	25
Objetivos Específicos	25
Desarrollo de la propuesta	25
CONCLUSIONES	30
RECOMENDACIONES	32
BIBLIOGRAFÍA	34
ANEXOS	36

RESUMEN

La prevención del lavado de activos y prevención de otros delitos ha requerido una mayor participación de organismos del Estado para cumplir con el mencionado fin. Sin embargo, la UAFE, dentro de este cometido ha incorporado vía resolución a los notarios, hecho que se estima inconstitucional por cuanto se atenta contra la independencia de la actividad notarial. Del mismo modo, se recurre a aumentar la carga laboral de los notarios con prevención de sanciones económicas y administrativas sobre temas que no son de su competencia ni parte de su formación. Es por esta razón que el objetivo de esta investigación consiste en establecer la inconstitucionalidad de esta participación de los notarios en el rol de oficiales de cumplimiento, así como la derogatoria de la normativa relacionada con este deber. La metodología empleada consiste en el desarrollo de la modalidad cualitativa, predominando el nivel descriptivo y exploratorio en relación con la información y los hechos propios de la problemática que es objeto de estudio. Esta investigación se fundamenta en la revisión de resoluciones de la UAFE y en el criterio de profesionales entrevistados para conocer de forma más cercana el impacto que tiene el rol de oficial de cumplimiento en la independencia notarial. Los resultados de esta investigación demuestran que la prevención del lavado de activos y financiamiento de otros delitos requieren de verdaderos especialistas en cuestiones financieras de naturaleza penal, por lo que es factible la propuesta de derogatoria del rol de oficial de cumplimiento a cargo de los notarios.

Palabras claves:

Inconstitucionalidad, Lavado de activos, Notario, Oficial de cumplimiento, UAFE

ABSTRACT

The prevention of money laundering and prevention of other crimes has required a greater participation of State agencies to fulfill the aforementioned purpose. However, the UAFE, within this task, has incorporated notaries by resolution, a fact that is considered unconstitutional since it threatens the independence of notarial activity. In the same way, it resorts to increasing the workload of notaries with the prevention of economic and administrative sanctions on issues that are not within their competence or part of their training. It is for this reason that the objective of this investigation is to establish the unconstitutionality of this participation of notaries in the role of compliance officers, as well as the repeal of the regulations related to this duty. The methodology used consists in the development of the qualitative modality, predominating the descriptive and exploratory level in relation to the information and the facts of the problem that is the object of study. This research is based on the review of resolutions of the UAFE and on the criteria of professionals interviewed to gain a closer understanding of the impact of the role of compliance officer on notarial independence. The results of this investigation show that the prevention of money laundering and financing of other crimes require true specialists in financial matters of a criminal nature, so the proposal to repeal the role of compliance officer in charge of notaries is feasible.

Keywords:

Unconstitutionality, Money Laundering, Notary Public, Compliance Officer, UAFE

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende demostrar cómo la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), a través de la Resolución N° UAFE-DG-2020-0089 al involucrar e imponer a los notarios el desarrollo del rol de oficiales de cumplimiento para que reporten a esta unidad el ejercicio de actividades financieras y económicas ilícitas, en cuestión estarían forzando a estos servidores a llevar a cabo una actividad que en primer lugar no es parte de sus funciones constitucionales, así como las previstas por la Ley Notarial, además, que en segundo lugar, estos funcionarios no contarían con la formación especializada que sí tienen servidores de otras entidades como de la propia Fiscalía General del Estado (FGE) a través de su unidad Fiscalía Especializada contra la Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional (FEDOTI), así como los de la Contraloría General del Estado (CGE) y la propia UAFE.

Por lo tanto, según la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, dentro al imponer sanciones por el no cumplimiento del desarrollo de la entrega del reporte de operaciones y transacciones superiores a diez mil dólares de Estados Unidos de Norteamérica en el término de cinco días, sanciones que consisten en la multa de veintiuno a treinta salarios básicos unificados, y tras esa sanción igual exigir el cumplimiento de una obligación que no es parte ni de la competencia ni de la formación notarial, implica atentar contra la independencia de funciones entre las entidades que son parte del servicio de justicia, además de las entidades de supervisión y control respectivas.

En tal caso, se podría considerar que la UAFE, estaría desconociendo la institucionalidad del Estado y a su vez estaría afectando la independencia del servicio notarial, dado que su atribución principal dentro del marco constitucional y de la propia función notarial es certificar la fe pública de los acuerdos de voluntad a la que llegan las partes que celebran ciertos negocios jurídicos. En efecto, esta es la única función para la cual los notarios están capacitados y reconocidos, por lo que el cumplir con asuntos que no son de su competencia de acuerdo con la UAFE, implicaría el desconocer el orden constitucional previsto.

Dicho de otra manera, la UAFE estaría desconociendo el principio de supremacía de las normas constitucionales y a su vez al principio de seguridad jurídica, puesto el servicio notarial se rige dentro de estos principios para el desarrollo de sus atribuciones y competencias. En tal sentido, esta institución a través de la Resolución N° UAFE-DG-2020-0089 y de la mencionada Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, al mismo tiempo que dentro de la Guía para la Elaboración del Manual de Prevención del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos como el Terrorismo para el Sector Notarial donde impone que lo notarios desarrollen procedimientos para cumplir con dicho cometido se puede considerar como un despropósito jurídico al exigir llevar a cabo un programa que no es propio del conocimiento y la experticia notarial .

En tal contexto, se debe indicar que como objetivo general de esta investigación se propone el hecho de: Demostrar de qué manera se ve afectada la independencia notarial ante el desarrollo de actividades de prevención del delito de lavado de activos y financiamiento de otros delitos.

En tanto que a nivel de los objetivos específicos se enuncia: 1. Explicar a través de la doctrina los fundamentos de las competencias notariales y de las entidades de prevención y control de delito de lavado de activos y financiamiento de otros delitos. 2. Realizar una discusión crítica de los presupuestos de la normativa ecuatoriana que establece las competencias notariales y los deberes de las entidades encargadas de los fines del delito de lavado de activos y financiamiento de otros delitos. 3. Analizar los resultados de las entrevistas a notarios, funcionarios judiciales y de control sobre el problema de esta investigación. 4. Proponer la derogatoria de los artículos 49, 50 y 51 de la Norma para la Prevención del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos Dirigido a los Sujetos Obligados a Reportar Bajo la Supervisión de la Unidad de Análisis Financiero (UAFE), así como del artículo 5 de la Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, y de la Guía para la Elaboración del Manual de Prevención del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos como el Terrorismo para el Sector Notarial.

DESARROLLO

Fundamentación doctrinal

La competencia de los notarios según la ley

De acuerdo con Martínez (2020), los notarios cuentan con el reconocimiento legal como garantes de la fe pública para la celebración de ciertos actos o negocios jurídicos en lo que estén implícitas las declaraciones de voluntad. Es por esta razón que los notarios desempeñan una importante labor para la celebración de contratos o acuerdos, puesto que se trata de una competencia especial y privativa de actos de naturaleza particular.

A lo anteriormente indicado, se puede apreciar lo señalado a partir de la concepción presentada por Ríos (2020), en la que se pone en evidencia en que los notarios cumplen un rol de fedatarios, por medio del cual garantizan que concurre la voluntad y la capacidad de las partes que acuden a su despacho para que se celebren determinados actos o negocios jurídicos de acuerdo con lo que establecen las respectivas prescripciones legales para el efecto.

Por su parte, al analizar lo expuesto por Arellano (2019), se constata que el derecho notarial rige los fundamentos por el cual los notarios habrán de desarrollar su labor, es decir, que provee de los fundamentos normativos, técnicos, doctrinales y de casos o jurisprudencia que permitan que los notarios puedan cumplir con sus atribuciones legales en debida forma, lo cual debe comportar la tutela de los derechos de los concurrentes a la prestación de su servicio público.

Autores como Ávila y Pérez (2019), indicaron que las atribuciones de los notarios pueden llegar a diversificarse en ámbitos y contextos cada vez más diversos y amplios en la medida en que la sociedad transforme, evolucione o actualice la forma de llevar a cabo ciertos actos de naturaleza jurídica. Es por tal razón, que estos autores han estimado conveniente considerar el profundizar las consideraciones y planteamientos en que tanto la ley, así como la propia dogmática notarial establezcan y fundamenten las nuevas competencias y sus razones por las cuales pueden ser asumidas por los notarios en el marco natural de sus actividades.

De acuerdo con el enfoque antes señalado coinciden autores tales como, Cantoral, Fuentes y Pons (2020), quienes sostuvieron que los notarios ejercen una profesión de antigua data, pero que es afín con la evolución de las sociedades y de

las relaciones jurídicas que se llevan a cabo dentro de ellas. Por lo tanto, un notario que no se actualice y que sus competencias no se adecuen a ciertas nuevas tendencias de relaciones o comportamientos jurídicos, en tal caso lo incapacitaría de ser ese servidor confiable que está en contacto con la ciudadanía para instrumentar y certificar los acuerdos que forman parte de los distintos contratos o convenios sociales.

En relación con lo expuesto con anterioridad, Romero (2018), expuso que los notarios deben estar atentos a los cambios de las relaciones sociales y de los posibles cambios legales que se pueden derivar de esta fenomenología. Es por este motivo, que los notarios, son uno de los principales actores sociales y jurídicos en cuanto a la forma de perfeccionar los acuerdos, porque el consentimiento no dejará de estar ligado a las nuevas convenciones sociales como una forma de celebrar actos, contratos y de establecer comportamientos sociales que requieren de cierta validación jurídica en virtud de los acuerdos que se planteen en ellos.

Los notarios frente a comisión de delitos financieros y delitos conexos

De acuerdo con lo precisado por Hidalgo (2015), se constata en efecto que los notarios en el marco de sus funciones no están exentos de cometer faltas que se puedan identificar como una conducta propia que, en el marco del ejercicio de sus funciones, sea de forma dolosa o culposa terminen en la comisión de una infracción penal. Es por tal razón que los notarios si pueden verse involucrados en comisión de conductas punibles tipificadas en la normativa penal en tanto tengan que ver con actos inherentes a sus funciones. De tal manera, que el autor expuso que cuando un notario comete un delito en su calidad de depositario de la fe pública, estaría perjudicando al Estado, a los particulares y a la sociedad. Por lo tanto, el notario debe cumplir esencialmente con la veracidad, la lealtad y la custodia del documento.

En relación con lo propuesto en las líneas anteriores, se puede entonces reconocer que los notarios no están apartados de cumplir un rol en términos de responsabilidad penal, sea que se trate que ellos sean precisamente responsables de la comisión de una infracción punible, o bien que deban cumplir o ejercer un rol preventivo para impedir que se cometan ciertas conductas que se consideren como delitos.

Un ejemplo de esta situación tiene que ver con lo expuesto por Ramón (2020) quien describió cómo los notarios desempeñan el rol de oficial de cumplimiento para la prevención del lavado de activos. Este rol a su vez se encuentra propuesta en la República del Perú donde se propone que los notarios participen en la labor de prevención de estos delitos, por lo que debe detectarse operaciones irregulares en transacciones financieras. Para desempeñar este rol, el notario debe cumplir con un proceso de identificación, ubicación, investigación y en posterior la sanción que los órganos de justicia deban aplicar en virtud de lo investigado por los notarios.

Sin embargo, se debe acotar que el Colegio de Notarios de Lima presentó una acción de inconstitucionalidad, puesto que esta regulación desconocería el principio de mínima intervención penal, además que se afectaría al principio de legalidad y culpabilidad, dado que al mencionarse la expresión de operaciones sospechosas esta no es precisa ni clara. Esto llevó a que el Tribunal Constitucional de la República del Perú en la Sentencia STC 0006-2014-PI/TC determinó que la demanda era infundada y que no existía inconstitucionalidad al establecer tipificación del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas (STC 0006-2014-PI/TC , 2020). Además, se determinó que los notarios pueden participar de prevenir estas operaciones, puesto que dentro del orden socioeconómico estos funcionarios atienden operaciones de tránsito de dinero o bienes, de lo que se debe tener en cuenta que pueden responder da un origen ilícito en la actividad notarial.

En contraste con lo precisado en las líneas anteriores, de acuerdo con Ramos (2017), en Guatemala, los notarios no constan como funcionarios obligados de acuerdo con los estándares internacionales para participar de la prevención de lavado de activos. Por el contrario, el sistema o marco legal de su ordenamiento jurídico les impone el deber de abstenerse de cualquier tipo de actividades que no tengan que ver con el ejercicio propio de sus funciones según el artículo 110 del Código de Notariado (Honorable Congreso de la República de Guatemala, 1946) .

En tal caso, lo expuesto en líneas anteriores coincidiría con una afirmación realizada por Reyes (2019), en la que sostuvo que la prevención de la criminalidad depende de la actuación de personas con experticia y que estén profesionalizados

en cuestiones criminológicas. Por lo tanto, al analizar lo que expone este autor, ciertamente se estaría observando que el rol de los notarios no es compatible para la prevención de los delitos, menos aún para promover investigaciones y procesos, por cuanto el trasfondo de la prevención de los delitos es justamente ese, el hacerle frente a los delitos, por lo que la lucha contra este contexto del sistema jurídico evidentemente demanda la participación de profesionales netamente formados para dicho oficio. En tal caso, los notarios pueden colaborar en ciertos requerimientos del sistema de justicia, pero no ser parte de ese sistema en tareas que no son propias de sus competencias y formación profesional.

La independencia de las funciones a nivel judicial

Ciertamente, como destacaron Lousada y Ron (2015), cada institución del poder judicial tiene sus propias funciones que cumplir, por lo que cada una lleva a cabo un rol en virtud de su competencia determinada en la Constitución y en la ley. Esta afirmación, acorde a la idea de Herrán-Pinzón y Martínez-Pérez (2022), plantearon que en la autonomía de funciones reside el éxito de su trabajo, esto por cuanto se exige el nivel de especialidad para contar con la formación y capacitación debida para atender distintos requerimientos de forma clasificada y ordenada en el sistema de justicia. En efecto, al reconocer lo expuesto por Nieva, Oteiza e Ibáñez (2019), el involucrar la participación de entidades que no reúnen las condiciones que demanda el sistema de justicia implica conspirar contra la eficiencia de este sistema.

En virtud de lo antes manifestado, la precisión efectuada por Opazo de la Fuente (2020), permite comprender que la división y la especialización de la ejecución de servicios dentro de los poderes del Estado tiene por fin una adecuada prestación técnica del bien jurídico que se pretende tutelar o satisfacer. Es por esta razón, que Bianchi (2019), sostuvo que el sistema de justicia debe contar con especialistas verdaderos dentro de las ramas jurídicas que demanden soluciones específicas. Por otra parte, Gutiérrez y Salvador (2022), habrían determinado que las categorías y ramas del derecho están para respetarse, por lo que no se debe mezclar su ámbito de acción más allá de la cooperación.

La Fiscalía como titular de la acción penal

En lo relacionado con el artículo 194 de la CRE se determina que la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, lo que en concordancia con el artículo 195 de la propia norma constitucional, se establece que este órgano tiene a cargo la dirección, sea de oficio o petición de parte la investigación preprocesal y procesal penal, para lo que se puede respaldar en personal de investigación civil y policial. Entonces, uno de los hechos que se debe reconocer es que la Fiscalía tiene la competencia para investigar delitos de naturaleza financiera, por lo que, en tal caso, este ente sería el principal organismo que debe cumplir con las labores de prevención de estos delitos en materia de lavado de activos y financiación de otros delitos, lo cual se realiza a través de la FEDOTI.

Debe tenerse en cuenta lo establecido en la Sentencia N° 5-13-IN/19 y acumulados respecto de la constitucionalidad del informe previo de la Contraloría General del Estado como requisito de procedibilidad para ejercer la acción penal pública, especialmente en los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito y el tráfico de influencias (Sentencia N° 5-13-IN/19 y acumulados, 2019). Esta sentencia establece los fundamentos de la autonomía de la Fiscalía General del Estado frente a la Contraloría General del Estado, por lo tanto, se debe explicar y analizar algunos aspectos esenciales donde se determina que la Fiscalía (a través de la FEDOTI) puede llevar a cabo investigaciones por los delitos antes mencionados sin depender exclusivamente de los informes de indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría.

En efecto, los considerandos número 36 y 37 de la presente sentencia precisan que la Constitución faculta a la Fiscalía la competencia para formular acusaciones y de impulsar las acusaciones para promover el juicio penal. En términos concretos, se resalta el considerando 37 puesto que, la Fiscalía General del Estado es el organismo constitucionalmente facultado para poseer el monopolio de la acción penal público, siendo sus únicos condicionamientos los principios de oportunidad y de mínima acción penal, por lo que, para ejercer la acción penal pública, la Constitución no prevé excepciones de ninguna naturaleza.

Lo anteriormente dicho, obliga a analizar lo precisado en el considerando 38 de esta sentencia, puesto que en su debido momento se impugnó el artículo 581

numeral 3 inciso final del COIP, por lo que la exigencia de un informe previo de la Contraloría para ejercer la acción penal, en consecuencia, estaría desconociendo y contraponiéndose al artículo 195 de la Constitución, por lo que se estaría restringiendo la autonomía en términos de investigación y ejercicio de la acción penal que la Carta Magna le reconoce a la Fiscalía (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

En tal caso, si la Fiscalía necesitara exclusivamente de un informe de Contraloría para ejercer la acción penal, por lo que ciertamente este organismo podría recibir la noticia criminal y con ello podría tener elementos de convicción para iniciar la instrucción fiscal, pero el ejercicio de la acción penal no sería ejercido plenamente, esto por cuanto requeriría del informe de otra institución estatal, a lo que se suma que la Contraloría pueda considerar que no existen indicios penales, lo que supone un conflicto porque la Fiscalía por otras fuentes y medios podría arribar a una conclusión diferente. No obstante, esto implicó que a juicio de la Corte Constitucional prevalecería el criterio de la Contraloría, lo que ciertamente se opone y condiciona la labor investigativa de carácter procesal penal que le corresponde a la Fiscalía por principio constitucional de autonomía para dichos fines.

Otro fundamento destacado es el desarrollado en el considerando número 44 en el cual se determina por parte de la Corte Constitucional, que los informes que emite la Contraloría de acuerdo con sus atribuciones constitucionales representan otras formas de tener o acceder a la *notitia criminis*. En tal caso, se resalta la Contraloría cuenta con personal especializado para el efecto, sin embargo, estos informes no pueden determinar las competencias de la Fiscalía para investigar los hechos y determinar responsabilidad penal en materia de delitos de corrupción en la administración pública. No obstante, los informes de Contraloría, aunque no son un único elemento o elemento predominante para la determinación de responsabilidad penal, esto no impide que puedan sumar y fortalecer el acervo probatorio de la Fiscalía para determinar que existen elementos de convicción suficiente para llevar a juicio a quienes se presume tienen responsabilidad penal.

Los órganos de control a nivel de actividades financieras

De acuerdo con Pérez (2012), se revisó su planteamiento que refiere que las actividades financieras como son base del desarrollo de la economía de un Estado

y de su sociedad requieren de regulaciones legales, las que se llevan a cabo por instituciones de orden financiero regidas por la normativa estatal, no solo para la eficacia de sus operaciones, sino también para garantizar su licitud. Por consiguiente, se desarrolló una idea por parte de Cubero y Almudí (2016), donde el Estado debe disponer un sistema o estructura de control, primero para cumplir con tareas y fines administrativos, luego con tareas y fines propios del sistema judicial. En tal contexto, Torres (2020) interpretó la idea que los órganos de control financiero son la primera línea para evitar actos financieros indebidos que se relacionen con corrupción y delincuencia organizada.

Evidentemente, como se precisó en líneas anteriores, dentro de todo sistema estatal deben existir órganos de control para regular las diversas actividades que se generan dentro de un Estado de Derecho. Esta regulación debe estar prevista principalmente por la Constitución y por una serie de normas o leyes, generalmente de carácter orgánico que establezcan las funciones, competencias y procedimientos para el efecto.

Es así, como a nivel de control financiero en el Ecuador encontramos organismos como la Contraloría General del Estado, la Superintendencia Bancos, la Superintendencia de Compañías, la Unidad de Análisis Económico y Financiero, las mismas que precisamente en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales establecen el orden y regulaciones que deberán llevarse a cabo con el fin de transparentar las actividades financieras en el país. Igualmente, les corresponde implementar los medios para promover su licitud, caso contrario apliquen las medidas administrativas para sancionar a quienes incumplen con sus disposiciones, sin perjuicio de recurrir al sistema de justicia penal para denunciar actos donde se presuma la comisión de delitos de naturaleza financiera.

En tanto que, en materia de las mencionadas Superintendencias, estos organismos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213 de la CRE, se trata de *organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, al mismo tiempo de los servicios que prestan entidades públicas y privadas, con el propósito de que las actividades y servicios en cuestión se sujeten a las disposiciones y obligaciones que se les impone dentro del ordenamiento jurídico, de forma que atiendan el interés general.*

Del mismo modo, estas instituciones pueden actuar de oficio o a través de un requerimiento ciudadano. También se destaca que sus facultades específicas para efectos de control, auditoria y vigilancia estarán establecidas de conformidad con las leyes respectivas para la regulación de sus actividades.

Entonces, si existen ya estos organismos, los que deben cumplir con estas labores, y que cuentan con el personal y los recursos, más que todo con las atribuciones y del deber constitucional para hacerlo, lo cual impone un amplio ámbito de control, se pregunta en consecuencia por qué motivo se obliga a los notarios para que sean partícipes de una actividad que como se ha sostenido a lo largo de esta investigación, no es parte ni de su competencia, tampoco de su formación. Efectivamente, al profundizar en este detalle se aprecia que la UAFE se tomó una atribución que no le corresponde, para a su vez delegar al mismo tiempo atribuciones a los notarios, lo que tampoco les corresponde, por lo que el contenido de la resolución que origina todo esto es franca y abiertamente inconstitucional, lo cual afecta también la institucionalidad del Estado ecuatoriano.

En el caso de la Contraloría General del Estado (CGE) de acuerdo con el artículo 211 de la CRE, este tiene por finalidad en su calidad de organismo técnico el llevar a cabo el control sobre la utilización de los recursos estatales, de manera que se pueda garantizar que estos estén adecuadamente empleados para los fines de naturaleza pública que le corresponden, es decir, que se utilicen para el desarrollo y ejecución de las políticas públicas en términos de servicio para el bienestar de la ciudadanía.

Por lo tanto, dichos organismos deben regirse en virtud de las atribuciones y funciones que se encuentran analizadas como parte del capítulo de la discusión de la presente investigación. Sin embargo, no puede pasar por inadvertida su función considerando que cumplen un rol importante para efectos de reconocer que en el Ecuador existe una estructura establecida donde se deben respetar las funciones y competencias no solo para justificar la razón de ser de las mencionadas instituciones, sino también para reforzar el servicio que deben conceder a los ciudadanos en aras de la tutela efectiva de derechos y de la satisfacción de los ejes del buen vivir.

Por tal razón, el control financiero estatal a decir de Gómez (2017), tiene gran importancia, puesto que el citado autor consideró que cualquier economía por privada que sea requiere de un control público para supervisar la eficiencia tanto para el sector público como privado, a fin de evitar irregularidades y estragos dentro de la economía nacional. En tal perspectiva, coincidió lo precisado por Arriola (2020), dado que este reconoció que el control público estatal es la única manera de contar con un medio que pueda legitimar operaciones mercantiles y financieras. A esto se suma lo expuesto por Verduzco (2018), quien acotó que todo control en lo económico debe realizarse con el mayor conocimiento técnico, para así observar y comprender el funcionamiento real de una economía, tanto en sus aspectos más positivos como negativos.

Metodología

Enfoque de la investigación

El enfoque empleado para esta investigación responde a la modalidad cualitativa, puesto que se presenta el desarrollo de fundamentos teóricos o doctrinales, así como la revisión de las normas o base legal que representa la argumentación jurídica a través de las principales normas jurídicas vinculadas con el objeto de estudio. Del mismo modo, se realiza la revisión, estudio y análisis de un caso práctico que responde a la revisión de los fundamentos resolutivos por los cuales se ha impuesto a los notarios que respondan al rol de oficiales de cumplimiento en cuanto a la prevención de lavado de activos.

Diseño de la investigación

Sobre el diseño que se ha considerado para el desarrollo del presente proceso investigativo, se pone en conocimiento que es de carácter no experimental, puesto que la información y la propuesta no altera el contenido o calidad de la información recabada. Es por esta razón que se ha conservado de forma pura y auténtica los fundamentos teóricos, normativos y la observación del caso que concierne al problema que se aborda en esta investigación.

Profundidad

La profundidad de la investigación sugiere que ésta presente niveles de carácter exploratorio, descriptivo y explicativo. Sobre la investigación exploratoria se trata de indagar en los antecedentes o motivos que originaron el problema de la

investigación. En cuanto al nivel descriptivo se detalla cuáles son las repercusiones del problema dentro del contexto de las competencias o funciones de los notarios. El nivel explicativo expone las dificultades y las razones por las que los notarios no deberían ejercer el rol de oficiales de cumplimiento en cuanto a prevención de lavado de activos y otras operaciones que se presuman sean de carácter ilícito.

Desarrollo de entrevistas

En cuanto al desarrollo de las entrevistas, se ha tratado de formular preguntas que de alguna manera describan el contexto de los notarios en relación con el ejercicio del rol de oficiales de cumplimiento con fines de prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos. En efecto, los entrevistados en relación con la primera pregunta han coincidido que en los casos de llevar a cabo investigaciones y reportes para la tarea antes mencionada por parte de los notarios, en cuestión establecerían las dificultades están supeditadas por el escaso tiempo con el que estos funcionarios contarían para profundizar en las investigaciones o indagaciones relacionadas con la legitimación de ganancias o licitud de los fondos o bienes que son parte de un negocio jurídico. Igualmente, el ejercicio de este rol implica la capacitación al personal de notarías, lo que demanda tiempo, además que supondría una actividad que no es propia de sus funciones, por lo que la capacitación no los profesionalizaría en relación con las tareas de un oficial de cumplimiento.

En cuanto a la segunda pregunta, se presenta una cierta diferencia por cuanto la independencia notarial no contaría con afectación por llevar a cabo el rol de oficial de cumplimiento, puesto que se trata del desarrollo de estándares internacionales aceptados dentro del sistema jurídico ecuatoriano, sin embargo, no se excusan las diferencias por parte de quienes consideraron que involucrar a servidores notariales a desempeñar un acto que no es parte de sus funciones y formación natural sí representa afectar la independencia notarial, al igual que estos funcionarios no contarían con la experticia e idoneidad suficiente comparada a otros servidores que por la naturaleza propia de su trabajo sí están habituados y capacitados para estas tareas.

Las respuestas a la tercera pregunta demuestran igualmente diferencias, puesto que entre los entrevistados existen una postura se considera que los notarios

no deberían estar excluidos del rol de oficiales de cumplimiento, puesto que el Consejo de la Judicatura debe proveerles los medios para que se capaciten para el efecto. No obstante, otros entrevistados discrepan en cuanto al hecho que la justicia contra operaciones ilícitas, crimen organizado y transnacional requiere auténticos especialistas que tengan mayor recorrido a nivel de conocimiento, capacitación y experiencia, lo cual puede ser comprendido en cierto modo por los notarios, pero no igualado.

En la cuarta pregunta, los entrevistados coincidieron plenamente en que en temas financieras donde se presumiera la existencia de actos ilícitos o delitos, el principal deber de investigación y en políticas de prevención le corresponde a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, así como a la Unidad de Análisis Financiero y Económico. En la quinta pregunta, los entrevistados respondieron que la inconstitucionalidad es un elemento discutible, puesto la Corte Constitucional tendría la última palabra al respecto, pero en el caso del perjuicio a los notarios, esto se sustentaría en el cumplimiento de funciones diferentes, con lo que se presentan discrepancias en cuanto al tipo de daño, en unos casos motivado por distracción en sus funciones naturales e independencia, y en otros simplemente por el hecho de no contar con una especialización plena para el rol de oficial de cumplimiento.

En la sexta pregunta, los entrevistados nuevamente coincidieron plenamente en que los notarios no cuentan con la formación ni en lo técnico ni en términos de experiencia para presumir o establecer que un acto jurídico posiblemente esté relacionado con el lavado de activos y financiamiento de otros delitos como parte de estructuras criminales organizadas.

DISCUSIÓN

La presente investigación muestra como elemento central del objeto o premisa que se pone en discusión al hecho que los notarios no deben verse obligados a asumir controles en cuestiones de carácter financiero que estén ligados a acciones que administrativa y penalmente son competencia de otras instituciones del Estado. En principio, debe tomarse en cuenta el hecho que la Constitución de la República del Ecuador (CRE) es clara y concisa en establecer cuáles son las competencias, deberes y atribuciones para cada una de las instituciones que forman parte de los poderes del Estado. Dicho de otro modo, existe un régimen de competencias que surge de un ordenamiento superlativo y de máxima categoría hegemónica como lo es el ordenamiento que emana de la Constitución.

Por lo tanto, el establecer competencias a otras instituciones o poderes del Estado, las que sean incompatibles con la naturaleza propia de sus funciones determinadas por la Carta Magna, y que son acogidas, determinadas y desarrolladas por las normas pertinentes, en cuestión no pueden verse modificadas por ninguna normativa infraconstitucional, lo cual sería un auténtico despropósito jurídico que afecta la institucionalidad del Estado, en especial en cuanto a se refiere al principio constitucional de seguridad jurídica.

Al revisarse lo establecido en la Resolución N° UAFE-DG-2020-0089, esta generó la *Norma para la prevención del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos dirigidos a los sujetos obligados a reportar bajo la supervisión de la unidad de análisis financiero y económico (UAFE)*, dentro del Título II sobre las Consideraciones Especiales para la Calificación de Oficiales de Cumplimiento, dentro de la Sección II Sector Notarios, en su artículo 49 se determina que un notario encargado puede solicitar ser calificado como su propio oficial de cumplimiento, sin perjuicio que para dicha calificación sea notario titular de otra notaría (Unidad de Análisis Financiero y Económico, 2020).

Por lo tanto, a partir de tal resolución, se tiene como antecedente que un notario es considerado para asumir un rol que no le corresponde, puesto que no es parte de su formación profesional y especializada el tener que llevar controles financieros y realizar investigaciones administrativas y vinculadas con asuntos penales sobre las actividades financieras que realicen sus usuarios. En tal caso, el

notario únicamente está facultado para cumplir con las funciones que están previstas por el artículo 200 de la CRE, donde se establece que este funcionario es un depositario de la fe pública. Del mismo modo, el artículo 18 de la Ley Notarial determina entre las distintas atribuciones de este servidor el dar fe pública de acuerdos y contratos que son parte de las declaraciones de voluntad de las partes que se reducen a escrituras públicas (Presidencia de la República del Ecuador, 2014). Por lo tanto, al tener funciones y atribuciones establecidas, lo dispuesto por la Resolución N° UAFE-DG-2020-0089 es completamente incompatible con ellas.

Un aspecto muy importante que se debe tener en cuenta es el hecho que precisamente la UAFE obliga a los notarios a que cumplan con una función que no es inherente a una atribución establecida por la CRE y por la propia Ley Notarial, pero más allá de este aspecto, el punto importante es considerar que se trata de una resolución, por lo que por principio de supremacía constitucional una resolución pretende cambiar o modificar algo establecido constitucionalmente, lo cual representa un despropósito jurídico que vulnera el mencionado principio que se encuentra consagrado entre los artículos 424 al 428 de la CRE, al mismo tiempo que desconoce y vulnera al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la suscrita Carta Magna.

En tal caso, a criterio de quien suscribe esta investigación, esta situación se ve agravada en detrimento de la independencia de la función notarial en el momento que se emitió la *Guía para la elaboración del Manual de Prevención del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos como el Terrorismo para el sector notarial* por parte de la UAFE, puesto que dentro de la estructuras las organizaciones generan las directrices que deben llevar a cabo los notarios para cumplir con las tareas propias del oficial de cumplimiento (Unidad de Análisis Financiero y Económico, 2020)

En efecto, se exige a los notarios que elaboren un organigrama estructural donde estos establezcan responsabilidades y funciones propias para cumplir con el rol de oficial de cumplimiento, lo cual se extiende a los empleados administrativos de las notarías para que colaboren en este rol para detectar y prevenir aquellos actos en que se produzca el lavado de activos, así como para el financiamiento de delitos, lo que está respaldado por la ley de dicha materia y su reglamento general.

Por lo tanto, en este punto hay que mencionar un hecho muy importante, el cual consiste en que los notarios y sus colaboradores o equipo de trabajo estarían obligados a realizar un control permanente propio de las actividades del oficial de cumplimiento, lo cual representa una tarea que requiere tiempo y demanda el empleo de los recursos humanos, técnicos, entre otros, para llevar a cabo una tarea que disminuiría el tiempo, la dedicación, la calidad y la eficiencia a lo que representa el verdadero rol de los notarios, el cual es ser servidores para validar y dar fe pública de las declaraciones de voluntad de sus usuarios. Esta situación se prevé por cuanto no se puede desestimar el hecho que el llevar a cabo esta función que no es propia de los notarios, lo que incluso generaría sobrecarga laboral lo que es un atentado contra lo consagrado en el artículo 66 numeral 25 de la CRE, en que los ciudadanos tienen el derecho a recibir bienes y servicios públicos de calidad.

De acuerdo con lo expuesto en las líneas anteriores, entonces de qué calidad de servicio público notarial se puede tratar o hacer referencia si se aprecia una imposición arbitraria y por demás ilegítima e inconstitucional si se considera el hecho que el llevar a cabo actividades de monitoreo y control con fines preventivos de ilícitos financieros representa una cuestión minuciosa. Por consiguiente, es naturalmente razonable el hecho de asumir que se descuiden aspectos propios de las actividades de registro de escrituras públicas de diferentes actos o contratos que sí son parte de las funciones notariales. Por dicho motivo, por priorizar una actividad que no es su competencia, se llegaría a incurrir en un déficit en la calidad de atención al usuario en los temas notariales, lo que de por sí implica una fuerte carga laboral para los notarios y todo su personal.

Adicionalmente, a lo ya expuesto en las líneas que anteceden, se observa que el rol de oficial de cumplimiento que se les impone a los notarios conlleva el deber de diseñar políticas para su ejecución, en especial de generar las políticas, procedimientos, mecanismos y metodologías de riesgo para prevenir el delito de lavado de activos y financiamiento de delitos como el terrorismo, lo que también requiere de ser informado a la UAFE y que el propio notario sancione a los empleados del área administrativa que incumplan con estas funciones. O en su defecto, se establece por obligación que el notario siga y cumpla con las políticas y directrices determinadas por la UAFE y sus respectivas resoluciones.

Dicho de otro modo, la UAFE obliga a los notarios a realizar un trabajo que exclusivamente les corresponde a ellos, y para ser más crítica y objetable esta situación, también debe de considerarse las sanciones que pueden enfrentar los notarios por no cumplir con estas obligaciones, las que se reitera no son de su competencia. Por si esto fuera poco, se obliga a que los notarios que conozcan el perfil de sus empleados y de sus clientes, lo cual representaría una labor de investigación inoficiosa, puesto que investigar cliente por cliente no es una labor que deba ser parte de la actividad notarial, puesto que para eso existen otros órganos administrativos, así como de justicia que deben cumplir con las investigaciones del caso, sea de oficio o petición de parte.

A lo antes mencionado, también se debe considerar que en el caso que los notarios no cumplan con toda esta serie de deberes, las que emanan de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, en los casos en que el Oficial de Cumplimiento entregue de forma tardía el Reporte de Operaciones y Transacciones que Igualen o Superen el Umbral previsto en esta Ley, en cuestión recibirá una multa de uno a diez salarios básicos unificados. En tanto que en los casos que no se cumpla con su entrega, la multa será de diez a veinte salarios básicos unificados, además en los casos de reincidencia se sancionará con el máximo de la multa en cada caso.

Por otra parte, dentro de esta Guía se establece que en el caso de No envío de información distinta al RESU, si los notarios no envían la información distinta al Reporte de Operaciones y Transacciones que superen los \$10.000 de los Estados Unidos de Norteamérica y no lo realizaren en el término de cinco días, entonces serán sancionados con una multa de veintiuno a treinta salarios básicos unificados, a lo que debe agregarse que la ejecución de la sanción no exime al cumplimiento de la obligación.

También debe considerarse que entre las sanciones al notario y/o al oficial de cumplimiento, se presenta: 1) la suspensión temporal para los casos de que no se verifique el cumplimiento del Manual de Prevención de Lavado de Activos del Financiamiento de Delitos, así como no cumplir con lo relacionado al Reglamento General a la Ley, así como el no realizar los descargos de observaciones que realice la UAFE. 2) La cancelación del registro, lo que puede estar motivado; bien sea por

no haber subsanado las causas de la suspensión temporal, así como en el caso de comisión de irregularidades que sean auspiciadas por el notario y/o el oficial de cumplimiento, y por casos en los que esté en prohibición para ejercer el cargo de oficial de cumplimiento. 3) Cuando se realice el proceso administrativo sancionador en casos de reportes adicionales para la UAFE según las leyes de la materia. 4) Las sanciones internas que debe aplicar el notario al personal de la notaría.

Como puede observarse, las sanciones pecuniarias son por valores considerables, por lo que en cierto modo se consideran como sanciones que se podrían tomar como injustas cuando son el resultado del incumplimiento de una obligación antinatural y fuera de las competencias constitucionales y legales dentro de la actividad notarial. Es en este contexto, que cobra mayor importancia el hecho de considerar que estas actividades de prevención a nivel financiero corresponden a otras instituciones por designación constitucional y de acuerdo con las leyes que rigen las actividades que le correspondan a cada una de ellas.

Por tal motivo, si se revisa la CRE, se puede encontrar que entre los principales organismos que les corresponde las labores investigativas para la prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y el financiamiento de otros delitos, se puede encontrar entre estos organismos a la Fiscalía General del Estado, a la Contraloría General del Estado, a la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Compañías, que constitucionalmente, así como a través de las leyes orgánicas que regulan sus actividades, están regladas las funciones y los procedimientos para cumplir con este cometido o consigna establecido por la UAFE, lo que no tiene nada que ver con la actividad notarial, a la cual le está siendo vulnerada su independencia y autonomía.

Al considerar lo expuesto en las líneas anteriores, debe tomarse muy en cuenta que justamente al tratar de investigar y de evitarse, o en el peor de los casos buscar la demostración de la existencia de un delito de naturaleza financiera, es la Fiscalía el órgano competente para el efecto, además que cuenta con los recursos, el personal y la experticia para cumplir con esta atribución, cosa que no es parte de la formación ni la especialidad de los servidores notariales. Es por esta razón, que se debe resaltar la independencia de los roles que cumplen cada una de las instituciones del Estado.

Como bien se puede apreciar, existen diferentes organismos de control, más que todo con un carácter técnico de acuerdo con la CRE y las demás leyes que regulan el ejercicio de sus atribuciones, de forma tal, que se pueda vigilar o monitorear que toda persona que realice actos privados o públicos se encuentre cumpliendo con sus actividades económicas propias o en representación de terceros lo esté haciendo de forma lícita. De ese modo, se está tratando de ejercer un control en cuanto a la prevención de lavado de activos y del financiamiento de otros delitos, para que de esta forma exista una auditoría sobre la licitud de sus actos y contratos anteriores, presentes y con proyecciones futuras. Por tal razón, al existir estos organismos técnicos, no tendría sentido incluir a las notarías en esta labor, en especial si se reconoce que estos organismos y sus funcionarios, así como todo su personal dependiente no poseen una formación técnica ni especializada para estos menesteres.

Al analizar lo expuesto en las líneas anteriores, cabe tomar muy en cuenta que la UAFE exige que los notarios diseñen estos procedimientos de control, lo que representa un hecho tanto criticable como inaudito, pues tras que se les exige cumplir una función que no es parte de sus competencias y atribuciones, también se les obliga a que presenten estrategias de algo que no les corresponde y de lo cual no tienen conocimiento como sí lo deben tener los servidores de otras instituciones competentes para el efecto, tal como es el caso de los servidores de la Fiscalía General del Estado, la Contraloría General del Estado, así como de las distintas Superintendencias y de la propia UAFE.

Debe acotarse también que al hablar de los entes u organismos ya mencionados para realizar los controles en materia de prevención sobre lavado de activos y financiamiento de otros delitos, se debe considerar el respeto y la independencia de las funciones que corresponda a cada una de estas instituciones, lo que tiene que sujetarse a lo previsto por el artículo 226 de la CRE, la misma que es clara al indicar que las instituciones del Estado y sus servidores ejercerán solamente las competencias que estén atribuidas por la propia Constitución y la ley. Por lo tanto, dentro del contexto notarial dentro de las mencionadas normas no se contempla esta atribución, dado que se trata de considerar la compatibilidad normativa, lo que evidentemente se relaciona con el principio de seguridad jurídica.

Justamente, dentro de la Resolución N° UAFE-DG-2022-0129 emitida por la UAFE, dentro de sus considerandos se observa y se identifica que la propia entidad en cuestión reconoce al tenor del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Otros Delitos, la entidad en cuestión es el órgano técnico responsable de recopilar información, realizar reportes, además de ejecutar las políticas y estrategias nacionales acordes a los fines preventivos y de erradicación del lavado de activos y financiamiento de delitos (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2016).

Entonces, si se realiza una mayor estimación de lo antes dicho, la misma UAFE reconoce cuáles son sus obligaciones y sin embargo, termina por delegar estas tareas y competencias a los notarios, que no son competentes, ni responsables ni cuentan con la formación técnica para dicho menester. Si bien es cierto, el artículo 5 de la mencionada Ley reconoce que la UAFE puede incorporar nuevos sujetos obligados a reportar la información financiera en cuestión, no se puede dejar de lado que delega una responsabilidad a los notarios que no están capacitados para otro rol. En tal virtud, tal delegación es procedente, pero para entes como la Fiscalía y su personal o entes de apoyo especializados para el efecto, la Contraloría y las Superintendencias, las que sí cuentan con la formación técnica y la atribución constitucional y orgánica para hacerlo.

Otro aspecto muy importante que requiere ser tomado en cuenta, es que los notarios al involucrarse en investigaciones financieras de cara a la prevención de delitos de dicha naturaleza, incursionarían en una investigación prácticamente de carácter penal, lo cual afectaría el derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 66 numeral 20 de la CRE, al mismo tiempo que al derecho de presunción de inocencia establecido en el artículo 76 numeral 2 de la norma ibídem. Por consiguiente, estos son derechos que en cierto modo su tratamiento y tutela en el marco de investigaciones financieras con posibles nexos penales son materia de competencia de otras entidades y otros funcionarios, tal como se lo ha detallado a lo largo de esta investigación, en lo cual no puede verse involucrado un notario público.

PROPUESTA

Justificación de la propuesta

La presente propuesta tiene por finalidad establecer los fundamentos por los cuales se plantea la derogación de aquellas normas que son impulsadas por la UAFE en cuanto al hecho de incluir a los notarios al desarrollar actividades relacionadas con la prevención del delito de lavado de activos y financiamiento de otros delitos, lo cual no es parte de las competencias o deberes constitucionalmente asignados a estos servidores públicos. Esta propuesta se justifica por motivo que las resoluciones de la UAFE que imponen este deber a los notarios genera una intervención en sus funciones que están únicamente a ser depositarios de la fe pública de los usuarios que acuden a sus despachos para celebrar y protocolizar en las respectivas escrituras públicas distintos actos jurídicos o contratos.

Por lo tanto, se evidencia una situación jurídica en la que los notarios están siendo involucrados en el desarrollo de tareas que a más de no ser parte de sus facultades constitucionales y legales, tampoco están amparadas por la preparación y experticia que se requiere para el desarrollo de estudios de comportamientos financieros en los que se pueda presumir exista el riesgo de la comisión de delitos vinculados con el lavado de activos y financiamiento de otros delitos. En tal contexto, los notarios al tener que cumplir con el deber de informar esta situación, deberán generar una serie de procedimientos y estudios técnicos de lo que no tienen conocimiento, puesto que a pesar que un notario como profesional del derecho debe contar con una formación en distintas ramas del derecho, otra cosa es especializarse dentro de una función o tarea determinada.

En este sentido, los notarios por la naturaleza propia de su trabajo o actividad tendrían esencialmente una función civilista, motivo por el cual representa una tarea a más de compleja, que se tenga por incompatible, puesto que este funcionario no cuenta con una amplia instrucción o capacitación previa en el que pueda basarse o sustentarse en relación con la función que se le solicita, es decir, que esté capacitado para crear e informar sobre perfiles de riesgo a través de los cuales se pueda establecer que alguno de sus usuarios o clientes esté posiblemente vinculado o realizando una actividad asociada con el lavado de activos y financiamiento de otros delitos.

Al analizar la situación antes mencionada, se debe tener en cuenta que esta investigación se realiza con la intención no solo de demostrar la problemática jurídica que atraviesa el notario ante la obligación de cumplir con un rol antinatural y anti técnico impuesto por la UAFE, sino que también se trata de demostrar que sobrecarga la de por sí ya saturada carga laboral que tienen los notarios en sus despachos, tanto para ellos mismos como para el personal que colabora con ellos en sus dependencias.

Tal situación se ve agravada no solo por la ardua, extensa y compleja tarea que deben cumplir los notarios para los efectos de prevención de la comisión de delitos de lavado de activos y financiamiento de otros delitos, sino, que de la misma manera, deben lidiar con la posibilidad de ser sancionados por el posible incumplimiento que estos puedan llegar a tener, sea producto de la falta de tiempo, o por la falta de experticia sobre una tarea que es propia de especialistas en investigaciones de movimientos financieros y de posibles delitos económicos.

En tal caso, los notarios pueden verse afectados porque al intentar cumplir con una tarea que no es parte de ni de sus competencias o atribuciones naturales, además de no contar con la formación y la capacitación para ello, se estaría predisponiendo a que los notarios tengan serias posibilidades de ser sancionados con graves multas económicas, esto sin obviar posibles sumarios o destituciones que en la práctica podrían presentarse en el futuro si se mantiene la postura de forzar al notario de que cumpla con un rol que no es el suyo. Esta situación como tal es perjudicial para la labor notarial y para sus derechos como funcionario, puesto que sería irracional e injusto que los notarios enfrenten posibles sanciones (que es muy probable que ocurran en la práctica), por no llevar a cabo el desarrollo de funciones que no son propias de su cargo, para lo cual se requiere de una formación especializada.

En relación con lo antes expuesto, es lógico asumir o prever que un notario pueda fallar o presentar falencias en el desempeño del rol de oficial de cumplimiento, puesto que no está acostumbrado ni capacitado para realizar dicha labor. Por tal motivo, las sanciones que se contemplan para los notarios, ciertamente se podrían considerar como un acontecimiento que a más de criticable, se pueda reconocer como un acto pernicioso, puesto que exigir el cumplir con ciertas

funciones de forma diligente y con plena experticia representa un requisito moral y jurídicamente improbable, lejos de la comprensión y de la capacidad del notario, puesto que el ejercer de oficial de cumplimiento para prevenir delitos como el lavado de activos y financiamiento de otros delitos, supone un control del que se debe tener una capacitación que es propia de las personas de las naturalezas y de las funciones de quienes llevan un rol acorde a esta tarea, como por ejemplo en el caso de los fiscales, personal de contraloría, incluso de la propia UAFE.

En este sentido, también conviene precisar que los notarios no deberían enfrentar sanciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la UAFE, en este caso en desempeñar el rol de oficial de cumplimiento, esto por cuanto estos servidores por el tipo de labor que desempeñan se entiende que todos los actos que ellos aprueban gozan de la presunción de buena fe, por lo que el notario no podría actuar de forma deliberada o dolosa en este sentido.

Por lo tanto, esta propuesta tiene sustento en derogar los artículos antes mencionados como parte de los objetivos específicos de esta investigación. Esto tiene lugar por cuanto al analizarse lo manifestado en las líneas finales del párrafo que antecede, el rol de oficial de cumplimiento no solo consiste en conocer la actividad que dicho rol plantea, sino que se requiere de experticia, de dominio pleno de dicha actividad, lo cual amerita una formación propia para dicho menester, lo cual no puede ser aprendido dentro de cursos o capacitaciones de escaso tiempo o de duración y de contenidos insuficientes.

Lo anteriormente dicho, implica que quienes deban desempeñar el rol de oficial de cumplimiento, deben contar con una formación y título profesional, además de experiencia laboral previa en ese rol, para lo cual se vuelve a mencionar el caso de los fiscales especializados en investigación de delitos financieros o delincuencia transnacional, así como de personal de Superintendencias de Compañías y de Bancos, Contraloría General del Estado y la mismísima UAFE.

En este contexto, como puede observarse, el personal que se desempeña en estas áreas o en el cumplimiento de dichas tareas de investigación y de fiscalización, en cuestión se caracteriza por tener una vasta instrucción para realizar las tareas propias de prevención de delitos financieros. Igualmente, este aprendizaje y

experiencia se acumula en un periodo más o menos extenso de tiempo, por qué no hasta años, por lo que exigir al notario que con escasa capacitación y sin experiencia para dicho menester realice una tarea como si fuese un profesional en el área, representaría una exigibilidad totalmente fuera de lugar y carente de todo fundamento técnico, así como jurídico.

También debe acotarse el hecho que el desempeñar el rol de oficial de cumplimiento de parte de los notarios como se ha indicado en algunos puntos de esta investigación, no solo que genera tareas adicionales y sobrecarga en sus despachos, sino que representa una distracción en que se puede descuidar la atención del usuario y sus requerimientos en algunos trámites declarativos de la su voluntad. Por este motivo, esta situación afectaría el desempeño notarial y la calidad de servicio que pudieran recibir los usuarios, dado que la atención de estos funcionarios estaría mayormente centrada y enfocada en el desarrollo de una obligación que no le corresponde y que está por fuera de sus facultades reconocidas por la Constitución y por la propia Ley Notarial.

Al analizarse todos los fundamentos que justifican esta propuesta, no queda por demás considerar los hechos que a nivel técnico y jurídico representan una argumentación lógica y consistente para plantear la derogatoria de los artículos donde se impone a los notarios el realizar o desempeñar el rol de oficial de cumplimiento, por cuanto se afecta la independencia de la función notarial al designar un rol para el cual no son agentes calificados, los cuales si están dentro de otras instituciones del Estado, los que incluso por la misma institucionalidad de sus funciones según la Constitución, pueden desarrollar dicha tarea, dado que es acorde o afín con sus funciones.

Según lo antes mencionado, la propuesta tiene por propósito que con la derogatoria de las normas que imponen la obligación a los notarios de cumplir con el rol de oficial de cumplimiento se respete la independencia de la función notarial, dado que la fe pública del notario única y exclusivamente debe estar orientada a certificar y dar validez del consentimiento y acuerdo de voluntades por las cuales las personas que acuden a la sede notarial buscan legitimar y protocolizar estos consensos dentro de las respectivas escrituras públicas propias para los actos o contratos que las partes deciden recíprocamente celebrar.

En tal caso, la propuesta acredita utilidad y beneficio dirigido o contextualizado en el ámbito del Derecho Notarial, esto por cuanto se trata a través de argumentos jurídicos y criterios técnicos basados en el estudio de las obligaciones del oficial de cumplimiento, y validado por el criterio de los entrevistados, de elaborarse un documento de carácter científico que afiance la postura de derogar las normas que involucran a los notarios a ejercer un rol investigativo, de control y de carácter informativo que no le corresponde en cuanto a la prevención del delito de lavado de activos y financiamiento de otros delitos, lo que por las razones explicadas a lo largo de esta investigación afecta a la independencia de la función notarial.

Objetivo General

Elaborar la propuesta de derogatoria de los artículos 49, 50 y 51 de la Norma para la Prevención del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos Dirigido a los Sujetos Obligados a Reportar Bajo la Supervisión de la Unidad de Análisis Financiero (UAFE), así como del artículo 5 de la Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, y de la Guía para la Elaboración del Manual de Prevención del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos como el Terrorismo para el Sector Notarial.

Objetivos Específicos

1. Analizar los fundamentos legales que justifiquen la independencia notarial y que representen el sustento de la presente propuesta.
2. Determinar los fundamentos técnicos por los cuales se demuestre que los notarios no están capacitados para desempeñar el rol de oficial de cumplimiento para la prevención del delito de lavado de activos y financiamiento de otros delitos.
3. Establecer los beneficios del desarrollo e implementación de la propuesta a nivel del Derecho Notarial ecuatoriano.

Desarrollo de la propuesta

PROPUESTA DE DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 49, 50 Y 51 DE LA NORMA PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO DE DELITOS DIRIGIDO A LOS SUJETOS OBLIGADOS A REPORTAR BAJO LA SUPERVISIÓN DE LA UNIDAD DE

ANÁLISIS FINANCIERO (UAFE), ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y DEL FINANCIAMIENTO DE DELITOS, Y DE LA GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DEL MANUAL DE PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y DEL FINANCIAMIENTO DE DELITOS COMO EL TERRORISMO PARA EL SECTOR NOTARIAL.

CONSIDERANDO:

Que, según el artículo 120.6 de la Constitución de la República del Ecuador, la Asamblea Nacional de la República del Ecuador tiene la facultad para la expedición, codificación, reforma y derogación, así como de la interpretación de las normas jurídicas de modo generalmente obligatorio.

Que, de acuerdo con el artículo 226 de la propia Constitución en que las instituciones del Estado, así como sus organismos, dependencias, servidoras y servidores públicos que actúen de conformidad con una potestad estatal, en cuestión solo podrán ejercer las competencias atribuidas en la Constitución y la Ley.

Que, según el artículo 200 de la Constitución, el servicio notarial únicamente está encargado a través de sus notarias y notarios a cumplir con su rol de ser depositarios de la fe pública.

Que, conforme al artículo 82 de la Constitución, el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución, al mismo tiempo en el reconocimiento de normas jurídicas previas, claras y aplicadas por las autoridades competentes.

Que, las disposiciones de la UAFE donde se obliga a que los notarios realicen el rol de oficial de cumplimiento como una forma de contribuir a la prevención del lavado de activos y financiamiento de otros delitos, lo que representa una injerencia en las funciones notariales y que atenta contra la independencia del sistema notarial al imponer una labor que no es propia de las competencias, atribuciones y de la experticia notarial, considerándose la imposición de un rol donde existen otros organismo y funcionarios competentes.

Que, el control y prevención en materia de lavado de activos es competencia exclusiva de organismos como la Contraloría General del Estado, la Fiscalía

General del Estado a través de la FEDOTI, y de la Superintendencia de Compañías, dada su formación técnica y experiencia para llevar a cabo investigaciones de naturaleza administrativa y penal financiera.

Que, la Constitución de la República, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y su Reglamento, el Código Orgánico Integral Penal, Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero, Ley de Compañías, entre otras normas que facultan a estas instituciones representan el cuerpo de normas legales que establecen y regulan las directrices y acciones a desarrollar por parte de las instituciones mencionadas en el considerando anterior en materia de prevención de lavado de activos.

Que, los notarios pueden incorporar cláusulas especiales dentro de las escrituras públicas para que las personas que celebren contratos, actos o negocios jurídicos declaren la procedencia de sus bienes, valores, ingresos, fondos o emolumentos que sean parte de su patrimonio y que tengan valor de constancia para que las instituciones competentes puedan revisarlas cuando estimen pertinente para sus fines investigativos, sin que esto signifique los notarios desarrollen o desempeñen el rol de oficial de cumplimiento.

Que, la presente propuesta o anteproyecto tiene por propósito beneficiar a la seguridad jurídica y a la independencia del sistema notarial ecuatoriano,

Que, dentro de esta propuesta se promueva la participación de los notarios en la prevención del delito de lavado de activos y financiamiento de otros delitos en cuanto incorporar cláusulas de declaración juramentada para dar fe pública de la licitud de los fondos que son objetos de transacciones mercantiles y de negocios jurídicos, sin perjuicio que el sistema de justicia y demás órganos de control consideren esta declaración como prueba para ratificar o desvirtuar ilícitos en el marco de las investigaciones administrativas y penales. De tal manera, que la responsabilidad administrativa y penal resida únicamente en las partes contratantes sino hubiere cómo demostrar que el notario o notaria haya insinuado o participado de favorecer a un acuerdo fraudulento entre las partes.

En cuestión se propone la derogatoria de las siguientes disposiciones:

1. **ARTÍCULOS 49, 50 Y 51 DE LA NORMA PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO DE DELITOS DIRIGIDO A LOS SUJETOS OBLIGADOS A REPORTAR BAJO LA SUPERVISIÓN DE LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (UAFE)**
CAPÍTULO II.- SECTOR NOTARIOS

Art.49.- Un notario encargado puede solicitar ser calificado como su propio oficial de cumplimiento, para lo cual no será un impedimento estar calificado de oficial de cumplimiento al ser notario titular en otra notaria. Luego de transcurrido este tiempo deberá designarse a otra persona para este puesto.

Art.50.- Podrá designarse como oficial de cumplimiento a un servidor que trabaje en la Notaría siempre que cumpla los requisitos para tal cargo.

Art.51.- El oficial de cumplimiento que labore con un notario, no podrá calificarse como oficial de cumplimiento titular o suplente de otro notario titular o encargado, ni con otro sujeto obligado.

2. **ARTÍCULO 5 DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y DEL FINANCIAMIENTO DE DELITOS**

Art. 5.-A más de las instituciones del sistema financiero y de seguros, serán sujetos obligados a informar a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) a través de la entrega de los reportes previstos en esta ley, de acuerdo a la normativa que en cada caso se dicte, entre otros: las filiales extranjeras bajo control de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano; las bolsas y casas de valores; las administradoras de fondos y fideicomisos; las cooperativas, fundaciones y organismos no gubernamentales; las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la comercialización de vehículos, embarcaciones, naves y aeronaves; las empresas dedicadas al servicio de transferencia nacional o internacional de dinero o valores, transporte nacional e internacional de dinero, encomiendas o paquetes postales, correos y correos paralelos, incluyendo sus operadores, agentes y agencias; las agencias de turismo y operadores turísticos; las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la inversión e intermediación inmobiliaria y a la construcción; hipódromos; los montes de piedad y las casas de empeño; los negociadores de joyas, metales y piedras preciosas; los comerciantes de antigüedades y obras de arte; *los notarios*; los promotores artísticos

y organizadores de rifas; los registradores de la propiedad y mercantiles. (El énfasis es nuestro).

Los sujetos obligados señalados en el inciso anterior deberán reportar las operaciones y transacciones económicas, cuyo valor sea igual o superior al previsto en esta ley.

La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) mediante resolución podrá incorporar nuevos sujetos obligados a reportar; y podrá solicitar información adicional a otras personas naturales o jurídicas.

3. GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DEL MANUAL DE PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y DEL FINANCIAMIENTO DE DELITOS COMO EL TERRORISMO PARA EL SECTOR NOTARIAL.

En este caso se propone la derogatoria de toda la Guía como consecuencia jurídica de las normas cuya propuesta de derogatoria antecede.

CONCLUSIONES

La prevención en contra del lavado de activos en el Ecuador ha debido fortalecerse a través de la integración y de la participación de más instituciones del servicio público y a su vez de entes privados en cuanto tienen a su cargo el realizar o monitorear contratos, actos o transacciones donde corresponda determinar la procedencia y la licitud de los fondos o valores que sean parte de un hecho jurídico del cual deban elaborarse registros para la prevención del lavado de activos. Esta situación ha llevado a la UAFE a establecer el rol de los oficiales de cumplimiento para llevar a cabo dichos fines, para lo cual se ha incorporado a los notarios dado que tienen frecuentemente que protocolizar o registrar contratos entre particulares como parte de la fe pública en la que existan transferencias de valores.

Se constata que se ha impulsado y desarrollado el modelo de prevención de lavado de activos en otros países, sin embargo, los notarios ven afectada su independencia por cuanto deben cumplir con funciones que no son propias ni de su formación ni de su competencia, lo cual se constata a través de un amplio marco de deberes y de posibles sanciones a los notarios, con lo que tienen una labor de fiscalización y de investigación penal que desvía la atención de los notarios al desarrollo eficaz de su actividad que es prestar fe pública sobre los diversos actos y contratos que realizan las personas.

Evidentemente, como se ha podido constatar de algunas investigaciones y de algunos datos mencionados, las competencias naturales tienen en esencia una función encaminada a la fe pública y a un contexto civilista o contractual. En tanto que, la prevención de delitos financieros responde a una formación en temas administrativos y penales, lo que no solo establece los fundamentos de la competencia, sino la idoneidad en cuanto a la formación y desempeño de un oficial de cumplimiento.

La revisión de las normas jurídicas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano refleja que existen competencias establecidas por la Constitución y la ley. Por lo tanto, en atención especial se puede reconocer que la Constitución es clara al establecer en su artículo 226 que las instituciones del Estado y sus servidores deben llevar a cabo únicamente las competencias determinadas en la propia Norma Suprema, así como en la ley.

Sobre los resultados de las entrevistas se puede evidenciar que existen posturas que a pesar de no contar con un criterio unánime sobre la problemática de esta investigación, si muestran coincidir en cuanto al hecho de que la prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos requiere de la participación de personal especializado y capacitado en este tema.

Por último, la propuesta en cuestión es viable y factible, por cuanto se revisan antecedentes en otras legislaciones, como en el caso de Guatemala donde los notarios no deben ser incluidos dentro de la función o tarea de prevención de lavado de activos y de financiamiento de otros delitos, por lo que tal control obedece a otras instituciones. Este hecho, entonces reafirma que el rol de oficial de cumplimiento para los notarios no debe ser impuesto de manera obligatoria.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a la UAFE que realice mayores estudios técnicos en cuanto al desarrollo de estrategias para la prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos, en el cual se cuente con personal especializado y habituado a este tipo de investigaciones y desarrollo de procesos. De esa manera, se guardará coherencia con la estructura de los organismos de control en el Ecuador para temas financieros, tanto desde lo administrativo como en el contexto procesal a nivel penal. De ese modo, debe excluir a los notarios del ejercicio de este rol con la figura de oficial de cumplimiento, esto por cuanto los notarios no cuentan con esa formación, además que se distrae la verdadera labor de los notarios establecida en las atribuciones que les confiere la Ley Notarial, de modo que no afecte a la independencia de estos servidores.

Por otra parte, se sugiere que las instituciones de control financiero y judicial fortalezcan sus estrategias y accionan en la lucha contra los delitos financieros y crimen organizado, capacitando a su propio personal, al mismo tiempo que realizando alianzas o diseñando convenios de cooperación con las entidades y personal competente e idóneo para el desarrollo de estas tareas. Esto se propone por motivo de contar con un equipo de investigación técnica debidamente conformado y que esté en capacidad de ofrecer mejores respuestas para los fines preventivos que son exigidos por la UAFE.

Se exhorta a la Federación de Notarios del Ecuador que presente una petición o una demanda de inconstitucionalidad a las resoluciones de la UAFE, para así exhibir una postura que responda verdaderamente a la representación de los intereses en términos de la preservación de la independencia del servicio notarial. De tal manera, se podrá contar con un mayor nivel de argumentación tanto en lo técnico como en lo jurídico, para que los demás organismos de control asuman verdaderamente un papel más activo y protagónico en cuanto a la prevención del lavado de activos y financiamiento de otros delitos.

Se propone a la Asamblea Nacional que se cree un Código Profesional del Notario, de manera que se evolucione en materia de reconocimiento de derechos, obligaciones y atribuciones de los notarios, de tal modo que la legislación notarial no se reduzca únicamente en el cumplimiento de tareas por parte de estos

servidores, sino que se proteja su actividad y calidad de funcionarios con los mismos derechos y garantías de otros servidores como ocurre a nivel de los servidores judiciales y demás servidores públicos.

Igualmente, se pone en consideración de la Asamblea Nacional acoger la prohibición del Código del Notariado de Guatemala para evitar que los notarios sean incorporados en funciones ajenas a su competencia, y se cumplan con las funciones y deberes estrictamente establecidos por la Constitución y por la propia Ley Notarial.

BIBLIOGRAFÍA

- STC 0006-2014-PI/TC , Expediente 0006-2014-PI/TC (Tribunal Constitucional de la República del Perú 5 de Marzo de 2020).
- Arellano, P. (2019). *Sucesiones y derecho notarial en Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Arriola, A. (2020). *Derecho fiscal*. Editorial Themis.
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. R.O. N° 444 de 20-oct-2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2016). *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Otros Delitos*. R.O. Sup. 802 de 21-jul-2016.
- Ávila, R., & Pérez, J. (2019). *Legislación notarial de la ciudad de México correlacionada y comentada*. Tirant lo Blanch .
- Bianchi, A. (2019). *La separación de poderes: un estudio desde el derecho comparado*. Cathedra Jurídica.
- Cantoral, K., Fuentes, G., & Pons, J. (2020). *Derecho notarial: nuevas tendencias*. Tirant lo Blanch.
- Cubero, A., & Almudí, J. (2016). *Estudios sobre el decreto-ley como fuente del derecho financiero*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez, J. (2017). *Gerencia pública y control fiscal*. Editorial Universidad del Rosario.
- Gutiérrez, I., & Salvador, M. (2022). *División de poderes en el Estado de partidos*. Marcial Pons.
- Herrán-Pinzón, O., & Martínez-Pérez, E. (2022). *La búsqueda por la independencia judicial entre la tradición jurídica y la realidad*. Universidad Católica de Colombia Facultad de Derecho .
- Hidalgo, M. (2015). *Las responsabilidades administrativas, civiles y penales en la función notarial*. UNIANDES. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/1901/1/TUAMDN002-2015.pdf>
- Honorable Congreso de la República de Guatemala. (1946). *Código de Notariado*. Decreto 314 de 30 de noviembre de 1946.
- Lousada, J., & Ron, R. (2015). *La independencia judicial*. Dykinson.
- Martínez, J. (2020). *Apuntes de Derecho Notarial Ecuatoriano*. Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Nieva, J., Oteiza, E., & Ibáñez, P. (2019). *La independencia judicial: un constante asedio*. Marcial Pons.

- Opazo de la Fuente, V. (2020). *Derecho político aplicado*. Librotecnia.
- Pérez, E. (2012). *Elementos de derecho público económico*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Presidencia de la República del Ecuador. (2014). *Ley Notarial*. R.O. 158 de 11-nov-1966.
- Ramón, E. (2020). *Responsabilidad penal de los notarios en la omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas en el marco de la lucha contra el delito del lavado de activos*. Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo. Obtenido de https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/9136/Ram%C3%B3n_Chafloque_Ericka_Isabel.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ramos, I. (2017). *El papel del notario guatemalteco en la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Obtenido de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_13904.pdf
- Reyes, G. (2019). *Delito y criminología*. Leyer.
- Ríos, J. (2020). *La práctica del derecho notarial*. Interamericana.
- Romero, C. (2018). *Los nuevos roles de los notarios*. Tecnos.
- Sentencia N° 5-13-IN/19 y acumulados, Caso N° 5-13-IN y acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 2 de Julio de 2019).
- Torres, L. (2020). *Los mecanismos de control financiero*. Eunsa.
- Unidad de Análisis Financiero y Económico. (2020). *Guía para la elaboración del Manual de Prevención del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos como el Terrorismo para el sector notarial*. Unidad de Análisis Financiero y Económico.
- Unidad de Análisis Financiero y Económico. (2020). *Resolución N° UAFE-DG-2020-0089*. Unidad de Análisis Financiero y Económico.
- Verduzco, C. (2018). *Derecho financiero*. IURE.

ANEXOS

Entrevistas a abogados en libre ejercicio, notarios y fiscales

Entrevista 1

Entrevistado: Abg. Andrés Alberto Andrade Fornell

Cargo: Abogado en libre ejercicio

Cédula: 0916489032

Matrícula Profesional N° 12911

Preguntas para entrevista

- 1. ¿Qué tipo de dificultades tendrían los notarios para investigar y reportar actividades relacionadas con la prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos?**

Los notarios pueden tener dificultad en la verificación de clientes que ocasionalmente concurren a sus dependencias, toda vez que el tiempo de atención versus la obtención del resultado, limitaría ejercer la mencionada prevención.

Otro problema para reportar actividades relacionadas con la prevención de lavados de activos que pueden tener los notarios es sobre la legitimación de ganancias ilícitas en procesos que contengan bienes o activos de origen al momento de su transferencia de su propiedad.

Adicionalmente, otra dificultad que se sumaría los notarios, es la de capacitar a sus colaboradores en cursos de prevención de lavados de activos, así como tener que invertir recursos de su peculio constantemente, para contar con las herramientas informáticas de acceso de búsqueda de personas que se encuentren vinculadas a actividades relacionadas a lavados de activos.

- 2. ¿De qué manera cree usted que se ve afectada la independencia notarial al tener los notarios que investigar y reportar actividades financieras en relación con actos y contratos de sus clientes?**

No necesariamente debe verse afectada la independencia, si consideramos que las políticas de prevención de actividades relacionadas a lavados de activos provienen normas internacionales y reconocidas a través de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3. ¿Por qué razones cree usted que los notarios no deberían estar incluidos en el desarrollo de investigaciones relacionadas con la prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos?

Considero que los notarios no deben estar excluidos del proceso de prevención de lavados de activos, toda vez que participan en actividades o negocios jurídicos/ financieros que pueden estar involucrados en lavados de activos. Pienso que es el Consejo de Judicatura, su organismo superior, quien debería de dotarles de mejores herramientas para realizar las investigaciones necesarias, así como adoptar las políticas públicas relacionadas a la materia dentro de su normativa interna.

4. ¿Cuáles serían los criterios por los cuales usted considera existen otros organismos especializados y facultados constitucional y legalmente para llevar a cabo investigación de actividades financieras sospechosas que se pudieren considerar delitos financieros u otros delitos conexos?

Considero que por ser una materia especializada en temas financieros, la rectoría de la materia la tiene la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera y la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), es quien verifica

5. ¿En su criterio cuál serían los principales aspectos o disposiciones inconstitucionales de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos y cuál sería su relación con los perjuicios a la actividad notarial?

En mi concepto debería en primera instancia demandarse la inconstitucionalidad de algún artículo de la Ley Orgánica de prevención, detención y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos para poder discutir la inconstitucionalidad o no de la misma. En cuanto a la relación de los perjuicios con la actividad notarial, en el mismo

sentido, debería declarársela como tal para su análisis, por lo tanto no es posible emitirse un criterio para responder la pregunta.

- 6. ¿Cree usted que el notario cuenta con la formación, la capacidad técnica profesional y experticia necesaria para determinar que un acto de naturaleza financiera pueda presumirse como delito relacionado con lavado de activos y financiamiento de otros delitos?**

Considero que los notarios no cuentan con formación, capacidad técnica profesional ni los conocimientos necesarios para determinar o presumir que los actos o negocios jurídicos/financieros que se generan en sus notarias se encuentran relacionados a actividades de lavados de activos y financiamiento de otros delitos. Por otro lado, tengo conocimiento que no es un requisito que cada notaría cuente con un oficial de cumplimiento que realice gestiones relacionadas a la investigación y reporte de lavados de activos. En mi experiencia como usuario de servicios notariales, jamás he tenido que cumplir con un proceso de lavados de activos.

Entrevista 2

Entrevistada: Abg. Karla Paola San Andrés Fuentes

Cargo: Notaria Primera de la Libertad

Cédula: 1204655631

Preguntas para entrevista

1. ¿Qué tipo de dificultades tendrían los notarios para investigar y reportar actividades relacionadas con la prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos?

Los notarios son funcionarios que en los últimos años han contado con la incorporación de varias atribuciones a través de distintas reformas legales, lo que ciertamente ha generado una confusión y una inadecuada interpretación de sus capacidades y sus funciones. Esto conlleva que el conocido rol de oficial de cumplimiento en materia de prevención de delitos financieros, en consecuencia, obligue a los notarios a cumplir con una función en la que no tienen formación académica ni experticia, dificultando sus labores profesionales habituales, a la vez que los expone a ser exigidos bajo prevención de sanciones por incumplimiento de tareas que no les corresponden y que no son parte de su trayectoria profesional.

2. ¿De qué manera cree usted que se ve afectada la independencia notarial al tener los notarios que investigar y reportar actividades financieras en relación con actos y contratos de sus clientes?

Esta independencia se ve afectada por cuanto existe una obligación carente de una fundamentación constitucional adecuada, idónea y pertinente. En este sentido, una investigación relacionada a materias penales y financieras no se puede realizar a la ligera, sino que requiere de formación, experiencia y conocimiento, por lo que el notario ve afectada su independencia en cuanto a participar de un tema en el que no cuenta con la preparación y capacidad profesional correspondiente.

3. ¿Por qué razones cree usted que los notarios no deberían estar incluidos en el desarrollo de investigaciones relacionadas con la prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos?

Los notarios no deben estar involucrados en el mencionado tipo de investigaciones, esto por cuanto se trata del hecho que existen otras instituciones constitucionalmente facultadas y obligadas para el efecto. Es por esta razón, a la que se suma la falta de preparación y conocimiento de los notarios en temas penales financieros que no deberían ser considerados para cumplir con el rol de oficiales de cumplimiento.

4. ¿Cuáles serían los criterios por los cuales usted considera existen otros organismos especializados y facultados constitucional y legalmente para llevar a cabo investigación de actividades financieras sospechosas que se pudieren considerar delitos financieros u otros delitos conexos?

Esto se debe por las competencias establecidas en la Constitución, así como en las leyes orgánicas, lo que a su vez se ve complementado por el criterio de especialidad que tienen ciertos organismos de control, como Fiscalía, Superintendencias y Contraloría que cuentan con mayor cantidad de recursos, personal, y experiencia para la investigación de actividades financieras sospechosas.

5. ¿En su criterio cuál serían los principales aspectos o disposiciones inconstitucionales de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos y cuál sería su relación con los perjuicios a la actividad notarial?

La inconstitucionalidad está enmarcada en cuanto al hecho de que se desconoce una institucionalidad enmarcada en la Constitución, puesto que las actividades de vigilancia y control financiero, así como las de naturaleza penal vinculadas con tal cometido están reguladas por normas y competencias previamente establecidas por la norma suprema, razón por lo que la UAFE irrumpe y desconoce la jerarquía y la congruencia constitucional en términos de que las funciones notariales solo pueden verse modificadas por lo que establezca la Constitución. Al mismo tiempo, se desconoce la seguridad jurídica, puesto que se involucra a los notarios a

ejercer un rol de cumplimiento a través de resoluciones que no tienen fuerza vinculante frente a la Constitución y por tratar de generar incertidumbre jurídica sin que la norma constitucional prevea esta posibilidad.

6. ¿Cree usted que el notario cuenta con la formación, la capacidad técnica profesional y experticia necesaria para determinar que un acto de naturaleza financiera pueda presumirse como delito relacionado con lavado de activos y financiamiento de otros delitos?

El notario cuenta con una formación civilista, que si bien es cierto por ser un profesional del derecho con formación en diversas materias de las ciencias jurídicas, esto no otorga un criterio de especialidad para que este servidor pueda ejercer el rol de oficial de cumplimiento, puesto que su perfil profesional está formado mayormente en conocimientos y experiencia en temas civiles relacionado con los contratos y declaraciones de voluntad sustentados en la fe pública.

Entrevista 3

Entrevistado: Abg. Nicolás Ernesto Pulecio Montalvo

Cargo: Agente Fiscal Fiscalía 7 de Fe Pública

Cédula: 1203926199

Preguntas para entrevista

- 1. ¿Qué tipo de dificultades tendrían los notarios para investigar y reportar actividades relacionadas con la prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos?**

Esencialmente porque los notarios tienen otro tipo de preparación académica y experiencia profesional. El ámbito de los notarios es el otorgamiento de la fe pública en actos eminentemente de naturaleza civil, donde actos privados pasan a tener un reconocimiento público. En este contexto los notarios deben contar con una especialización de naturaleza penal financiera para poder desempeñar este rol, lo cual no se podría certificar tan solo con seminarios y capacitaciones, sino que el rol de oficial de cumplimiento debe contar con verdaderos servidores de carrera.

- 2. ¿De qué manera cree usted que se ve afectada la independencia notarial al tener los notarios que investigar y reportar actividades financieras en relación con actos y contratos de sus clientes?**

La afectación se produce porque los notarios se ven forzados y avocados a llevar a cabo procesos de investigación de los que no tienen un conocimiento y experiencia plena. Además, esto generaría una carga laboral adicional que sería un distractor en cuanto al desempeño cabal e íntegro de las actividades propias de la fe pública que otorgan los notarios en relación con las declaraciones de voluntad de las personas que celebran diversos tipos de escrituras públicas en virtud de sus contratos o negocios jurídicos.

- 3. ¿Por qué razones cree usted que los notarios no deberían estar incluidos en el desarrollo de investigaciones relacionadas con la prevención de lavado de activos y financiamiento de otros delitos?**

No deberían participar de las actividades de oficiales de cumplimiento porque el Estado ya cuenta con los organismos de fiscalización y control necesarios para cumplir con la labor indicada en la pregunta. Para esto se requiere más bien fortalecer la preparación y dotar de mayores recursos operativos a la Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Superintendencias de Compañías y de Bancos, y la propia UAFE.

- 4. ¿Cuáles serían los criterios por los cuales usted considera existen otros organismos especializados y facultados constitucional y legalmente para llevar a cabo investigación de actividades financieras sospechosas que se pudieren considerar delitos financieros u otros delitos conexos?**

Estos criterios consisten en competencia, especialización, trayectoria y experiencia profesional, lo cual resume que es necesaria e imperativa la actuación e intervención de personal netamente especializado para el cumplimiento de estas labores.

- 5. ¿En su criterio cuál serían los principales aspectos o disposiciones inconstitucionales de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos y cuál sería su relación con los perjuicios a la actividad notarial?**

La inconstitucionalidad está enmarcada en cuanto al hecho de que se desconoce una institucionalidad enmarcada en la Constitución, puesto que las actividades de vigilancia y control financiero, así como las de naturaleza penal vinculadas con tal cometido están reguladas por normas y competencias previamente establecidas por la norma suprema, razón por lo que la UAFE irrumpe y desconoce la jerarquía y la congruencia constitucional en términos de que las funciones notariales solo pueden verse modificadas por lo que establezca la Constitución. Al mismo tiempo, se desconoce la seguridad jurídica, puesto que se involucra a los notarios a ejercer un rol de cumplimiento a través de resoluciones que no tienen fuerza vinculante frente a la Constitución y por tratar de generar incertidumbre jurídica sin que la norma constitucional prevea esta posibilidad.

En realidad, la inconstitucionalidad es porque esta ley establece funciones incompatibles con las competencias institucionales que claramente tienen una reserva y exclusividad prevista en el artículo 226 de la Constitución. De esa manera, el orden y las funciones constitucionales no pueden verse alterados en relación con lo que la Constitución claramente establece, además que se debe proceder a analizar esta inconstitucionalidad en virtud del desconocimiento de una resolución que no tiene la misma fuerza normativa que las disposiciones de la propia Carta Magna.

6. ¿Cree usted que el notario cuenta con la formación, la capacidad técnica profesional y experticia necesaria para determinar que un acto de naturaleza financiera pueda presumirse como delito relacionado con lavado de activos y financiamiento de otros delitos?

Evidentemente no, porque se debe acotar que su formación es mayormente civilista en virtud de que sus atribuciones se enmarcan en la concesión de la fe pública de contratos y diversos negocios jurídicos donde se manifiestan declaraciones de voluntad.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Galo Xavier Castillo Castro**, con C.C: # **0914885397** autor del trabajo de titulación: ***“El servicio notarial ecuatoriano frente a las actividades de prevención y control de los delitos financieros y otros delitos conexos”*** Previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 23 de mayo de 2023

f.  **GALO XAVIER
CASTILLO
CASTRO**

Abg. Galo Xavier Castillo Castro. M. Sc.

C.C: 0914885397

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN			
TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El servicio notarial ecuatoriano frente a las actividades de prevención y control de los delitos financieros y otros delitos conexos.		
AUTOR(ES):	Castillo Castro, Galo Xavier.		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Ab. María José Blum. Ph.D.		
	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	23-mayp-2023	No. DE PÁGINAS:	44
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Notarial y Derecho Registral		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Inconstitucionalidad, Lavado de activos, Notario, Oficial de cumplimiento, UAFE.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>La prevención del lavado de activos y prevención de otros delitos ha requerido una mayor participación de organismos del Estado para cumplir con el mencionado fin. Sin embargo, la UAFE, dentro de este cometido ha incorporado vía resolución a los notarios, hecho que se estima inconstitucional por cuanto se atenta contra la independencia de la actividad notarial. Del mismo modo, se recurre a aumentar la carga laboral de los notarios con prevención de sanciones económicas y administrativas sobre temas que no son de su competencia ni parte de su formación. Es por esta razón que el objetivo de esta investigación consiste en establecer la inconstitucionalidad de esta participación de los notarios en el rol de oficiales de cumplimiento, así como la derogatoria de la normativa relacionada con este deber. La metodología empleada consiste en el desarrollo de la modalidad cualitativa, predominando el nivel descriptivo y exploratorio en relación con la información y los hechos propios de la problemática que es objeto de estudio. Esta investigación se fundamenta en la revisión de resoluciones de la UAFE y en el criterio de profesionales entrevistados para conocer de forma más cercana el impacto que tiene el rol de oficial de cumplimiento en la independencia notarial. Los resultados de esta investigación demuestran que la prevención del lavado de activos y financiamiento de otros delitos requieren de verdaderos especialistas en cuestiones financieras de naturaleza penal, por lo que es factible la propuesta de derogatoria del rol de oficial de cumplimiento a cargo de los notarios.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0999421713	E-mail: ab.galocastillo@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: María Auxiliadora Blum Moarry		
	Teléfono: 0969158429		
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com		