

El matrimonio civil ante notario

José ALMEIDA BRICEÑO*

RESUMEN

En el marco del debate parlamentario que ha generado el proyecto legislativo que propone otorgar a los notarios la facultad de celebrar matrimonios civiles, el autor abona argumentos a favor de la aprobación de dicha iniciativa, considerando su viabilidad, compatibilidad con el sistema jurídico y las ventajas que proveerá a los contrayentes. En ese sentido, es de la idea de una pronta instauración de la facultad de contraer nupcias frente al notario.



MARCO NORMATIVO

Constitución Política de 1993 (31/12/1993): art. 79.

Código Civil, D. Leg. N° 295 (14/11/1998): arts. 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268 y 269.

Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, Ley N° 26662 (22/09/1996): *passim*.

Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497 (12/07/1995): *passim*.

Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, D. Sup. N° 015-98-PCM (25/04/1998): *passim*.



PALABRAS CLAVE: Matrimonio / Notario / Contrayentes / Competencia notarial / Sistema Notarial latino

Recibido: 05/12/2016

Aprobado: 14/04/2017

INTRODUCCIÓN

El presente artículo abona argumentos a favor de la aprobación de una ley que permita a los ciudadanos de nuestro país elegir voluntariamente una vía alternativa para contraer matrimonio civil: ante Notario; propuesta que de ser aprobada (por el Pleno) se encuentra orientada a cumplir y desarrollar el mandato de promoción del matrimonio, contenido en el artículo 4 de nuestra Constitución Política y en convenios internacionales suscritos por nuestro país. Hasta ahora, el matrimonio civil se celebra ante el alcalde y la mayoría de las veces, por delegación y debido a las múltiples funciones de la autoridad edil, por los regidores y los funcionarios municipales. Inclusive, el artículo 260 del Código Civil faculta la celebración del matrimonio a directores, jefes de hospitales o establecimientos análogos, y al párroco o al ordinario del lugar.

La propuesta legislativa presentada al Congreso de la República que propone el matrimonio civil ante notario (Proyecto de Ley N° 74/2016-CR), es además compatible con nuestro sistema de

* Notario de Lima. Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

matrimonio, como institución laica, cuya evolución y desarrollo se ha producido a través de muchos años en nuestra legislación civil; como también con el sistema del Notariado latino, en el que existen diversas legislaciones comparadas que permiten al notario celebrar matrimonios.

En adición, debemos señalar que el notario es un profesional abogado con un grado de preparación suficiente para poder llevar a cabo esta tarea y puede, por razón de sus funciones, ser garante de los derechos de las personas y realizar una asesoría integral a los contrayentes, sobre otros temas relacionados con el matrimonio.

I. RAZONES QUE SUSTENTAN LA APROBACIÓN DE ESTA LEY

1. El derecho a contraer matrimonio y la importancia de este para fundar una familia

Es imprescindible iniciar el presente análisis partiendo del modelo constitucional de familia consagrado en nuestro país.

El artículo 4 de la Constitución Política de 1993, siguiendo el modelo de la Constitución de Weimar¹ y luego recogido por las Constituciones peruanas de 1920, 1933 y 1979, contiene dos obligaciones al Estado respecto a este modelo constitucional: la primera, de protección de la familia; y la segunda, de promoción del matrimonio.

La razón de ser de estas obligaciones parte de la consideración de ambas instituciones –familia y matrimonio– como naturales y fundamentales para la sociedad. Naturales, por ser anteriores al Estado, y fundamentales, por ser el vínculo normal mediante el que el ser humano se desarrolla y mantiene. Así, Plácido señala que:

“Si pensamos que la familia se enraíza en el hecho capital de la generación humana y en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto, no es difícil situar precisamente ahí la clave de su carácter tanto natural como fundamental que tiene para el hombre y el conjunto de la sociedad”².

Ahora bien, el desarrollo posterior –tanto a nivel legislativo como jurisprudencial– de estos mandatos constitucionales, a la luz de instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, se ha dirigido a ensanchar los límites de la protección de la familia, más allá del binomio inicial de la familia matrimonial, considerada en su momento como la familia modelo y aspiración del Estado, para considerar dentro de sus límites también a las familias nacidas fuera del matrimonio. A manera de ejemplo, se ha otorgado derechos a los convivientes supérstites, en un primer momento de carácter pensionario (STC Exp. N° 06572-2006-PA/TC, del 6 de noviembre de

2007) y luego a la herencia (Ley N° 30007), o se ha materializado una protección amplia a favor de las familias ensambladas (STC Exp. N° 09332-2006-PA/TC, del 30 de noviembre de 2007).

Este desarrollo posterior no debe significar de ningún modo que se haya abandonado el mandato constitucional de promoción del matrimonio, que se concreta en la obligación del Estado de establecer reglas a favor que las parejas puedan contraer matrimonio y a partir de ello fundar una familia. De tal manera que la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional sobre la regulación del matrimonio y otras relaciones convivenciales que generan vínculos familiares no las han equiparado; por el contrario, atendiendo a la certeza en la producción de situaciones jurídicas que produce el matrimonio, se ha acogido la tesis de apariencia al estado matrimonial, en razón que no se ampara directamente la unión de hecho o la familia ensamblada, sino se la eleva a la categoría matrimonial cuando asumen similares condiciones exteriores y a partir de ello, se le reconocen determinados efectos patrimoniales que posee el matrimonio.

2. Las mutaciones estadísticas en el número de parejas que eligen el matrimonio y la unión de hecho

Sin embargo, al hacer un balance del desarrollo de este mandato constitucional, debemos advertir que el

1 **Constitución de Weimar, artículo 119.**- El matrimonio, fundamento de la vida familiar y de la conservación y aumento de la nación, queda bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de los dos sexos.

Incumbe al Estado y a los Municipios mirar por la pureza, sanidad y mejoramiento de la familia.

Las familias numerosas tienen derecho a medidas de protección compensadoras.

La maternidad tiene derecho a la protección y auxilio del Estado.

2 PLÁCIDO VILCACHUAGA, Alex. En: AA. VV. *La Constitución comentada*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 350.

legislador peruano ha generado pocas normas a favor de la promoción del matrimonio. A manera de ilustración, la Ley N° 28542 (del 16 de mayo de 2005), Ley de fortalecimiento de la familia, de manera general y deficiente, señala entre sus objetivos: “promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio”, sin desarrollar cómo debe realizarse dicha promoción.

Sobre el particular, el legislador del Código Civil de 1984, ante las opciones de regular o no la unión de hecho, optó por lo primero, en obsequio a la realidad del número de parejas que en el país habían elegido este tipo de relación (24.17 % del total de parejas, fue el dato que tuvo a la vista del Censo Nacional de 1972). Sin embargo, en todo momento se cuidó de establecer una equivalencia entre el matrimonio y la unión de hecho, para evitar que por esta vía se produzca un desincentivo al primero y conveniencia a la segunda.

Cornejo Chávez, que tuvo a cargo la reforma, señaló:

“Con relación a este problema, es pertinente mencionar una preocupación generalizada: si en la medida que se legalice el concubinato no se está desestimulando el matrimonio. En realidad, ninguna legislación está en contra del matrimonio; pero el tipo de garantías que se ofrezca a la unión concubinaria y los derechos que de él se deriven pueden tener aquel efecto indeseable”³.

Pues bien, los datos estadísticos que a continuación presentamos parecen dar la razón al menos de forma indirecta al legislador del Código Civil de 1984. Frente a un progresivo aumento de los derechos a favor de las uniones de hecho (en principio, pensiones de viudez y luego derechos hereditarios), se ha producido a la par un aumento en el número de parejas que eligen este tipo de unión, frente a la disminución de parejas que han elegido el matrimonio.

De acuerdo a la información del Instituto Nacional de Estadística e Informática en el periodo comprendido entre los años 1981 al 2013, que coincide con la vigencia del Código Civil de 1984, se advierten cambios en el número de parejas que han optado por el matrimonio frente a aquellas que han optado por la convivencia o unión de hecho, generándose una relación inversa: el número de parejas que ha optado por el matrimonio ha decrecido, de 38.4 % al 28.1 %, mientras que el número de parejas que han optado por la convivencia o unión de hecho, ha crecido, de 12.0 % al 20.4 %, conforme puede apreciarse del siguiente cuadro:

Es pertinente recordar que el matrimonio genera a la vida familiar certidumbre respecto del inicio de la vida de la pareja, que se acredita con la inscripción del matrimonio en el registro del estado civil; así como la legitimación de la filiación, por aplicación del principio *pateris*; y permite determinar la naturaleza de los bienes, propios o sociales, en caso la pareja haya elegido o por defecto, la sociedad de gananciales; entre otros.

Una de las formas de promover el matrimonio, como vínculo productor que funda la familia, es establecer normas que desarrollen el mandato constitucional a través de procedimientos que permitan su celebración, como propone el presente proyecto de Ley, que no abandona los requisitos previos y formalidades para la celebración del matrimonio establecido por la ley civil y más bien abre la alternativa a elección de los contrayentes de elegir otra autoridad celebrante: el notario, cuyas cualidades y aptitudes garantizan que el matrimonio se celebre con libertad y voluntad por parte de los futuros esposos.

Estado civil	Años			
	1981	1993	2004	2013
Soltero	43.3%	42.3%	41.3%	38.2%
Conviviente	12.0%	16.3%	17.6%	20.4%
Casado	38.4%	35.2%	30.8%	28.1%
Viudo	4.7%	4.0%	4.9%	5.3%
Separado /divorciado	1.6%	2.2%	5.5%	7.9%

Elaboración propia. Fuente: Censos Nacionales de 1981 y 1993. Informe Estado de la Población Peruana, 2014, del Instituto Nacional de Estadística e Informática.

³ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. Sociedad Conyugal*. Tomo I, Librería Studium, Lima, p. 40.

En los instrumentos internacionales celebrados por nuestro país no hay norma que impida la modificación propuesta, siendo plenamente compatible con ellos. El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocen el derecho a contraer matrimonio e imponen como único límite que el matrimonio se celebre con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. El artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José) impone como única limitación que las partes celebrantes tengan la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estos no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. La propuesta es compatible con la actual concepción laica del matrimonio civil

La regulación del matrimonio civil en los códigos civiles de Latinoamérica ha seguido la suerte de las transformaciones producidas en su concepción en el mundo occidental, de una visión católica que la elevó a sacramento a su posterior desacralización.

Haciendo una breve síntesis histórica, el matrimonio como rito se va configurando paulatinamente. En el Derecho Romano no se exige ninguna formalidad externa, y se caracteriza por ser un acto privado,

derivado de un contrato –entendido ampliamente como convenio–, y disoluble por divorcio o repudio. De tal manera que no había autoridad que la celebre de manera oficial. Esta situación cambia cuando la Iglesia, a través del Concilio Ecuménico de Trento, establece como doctrina oficial que el matrimonio debía celebrarse ante el párroco y dos o tres testigos (el Sacramento del Matrimonio, sesión XXIV celebrada en tiempo del sumo Pontífice Pío IV, el 11 de noviembre del 1563)⁴; considerando a aquellas uniones que sean realizadas bajo otra forma, como clandestinas.

La Revolución Francesa trajo consigo una modificación sustancial en diversas instituciones civiles, entre ellas, la celebración del matrimonio. La Constitución Francesa del 3 de setiembre de 1791, en su artículo 7, señaló: “La ley no considera al matrimonio más que como contrato civil. - El Poder Legislativo establecerá para todos los habitantes, sin distinción, el modo a través del cual habrán de ser constatados los nacimientos, los matrimonios y las defunciones; el mismo designará los funcionarios públicos que extenderán y conservarán las actas”. El Código Napoleón, a tono con las orientaciones revolucionarias, reconoce el matrimonio civil como única forma posible, al señalar en el artículo 165 que “el matrimonio se celebrará públicamente a presencia del oficial civil del domicilio de uno de los cónyuges” y sanciona con impugnación del

matrimonio a aquellos que no cumplan con esta regla, en el artículo 191 indica que “todo matrimonio que no se haya contraído públicamente ni celebrado ante el oficial público competente, puede ser impugnado por los mismos cónyuges, por sus padres, por los ascendientes, por cuanto tengan en él un interés nato y actual y por la autoridad pública”. Por lo que exento de cualquier cariz religioso, el matrimonio se convirtió en laico.

Estos dos modelos tuvieron repercusión en la recepción de la codificación en nuestro país, al igual que en el resto de Latinoamérica. Al principio, el Código Civil peruano de 1852 adoptó el sistema de celebración del matrimonio religioso, de acuerdo con las disposiciones del Concilio de Trento. Dos reglas contenidas en el Título V De la Celebridad y Solemnidades del Matrimonio dispusieron: “el matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el concilio de Trento” (artículo 156) y que “los que sin observar las solemnidades de la Iglesia, sorprenden al sacerdote para celebrar matrimonio, y los que favorezca o autoricen este acto, serán castigadas conforme al Código Penal” (artículo 157). En otras palabras, cualquier celebración de matrimonio ajena al sistema de reglas establecido por el Concilio de Trento –que obliga a la celebración ante párroco y al menos dos testigos– era nula y los responsables eran pasibles de sanción penal.

⁴ Los concilios ecuménicos son asambleas de obispos para tratar cuestiones importantes de doctrina o de práctica de la Iglesia Católica y proclamarla. Es significativo el título del capítulo referido al matrimonio del Concilio de Trento: “**Cap. I. Renuévase la forma de contraer los Matrimonios con ciertas solemnidades, prescrita en el concilio de Letran. Los Obispos puedan dispensar de las proclamas. Quien contrajere Matrimonio de otro modo que a presencia del párroco, y de dos o tres testigos, lo contrae inválidamente**” (el énfasis es nuestro).

Si bien el modelo fue aceptado por la mayoría de ciudadanos que profesaba la fe católica, siempre hubo impugnaciones por las restricciones que suponía para el matrimonio de los no católicos, generalmente extranjeros, o de aquellos apartados de la fe católica. La respuesta fue inicialmente en el ámbito académico y luego a través de varias leyes en función de casos emblemáticos.

Carlos Ramos recoge dos interesantes casos de la época que llevaron a la reforma del Código Civil de 1852. El primero, el caso Alberto Tiravanti, quien contrajo nupcias bajo la fe católica, pero luego no pudo divorciarse, pese a las desavenencias con su esposa. El Derecho Canónico no permite el divorcio. Por lo que tuvo que dirigirse a los jueces de Suiza e invocar una norma de excepción (el artículo 14 del Código Civil de 1852 señaló que la mujer peruana casada con extranjero seguía la condición del marido), para lograr la declaración de divorcio⁵. Otro caso fue el del Subprefecto de la provincia de Huaylas (Áncash), quien en los primeros días de 1887, logró contraer matrimonio ante el alcalde de la Municipalidad de Caraz, aun cuando todavía no estaba autorizado el matrimonio civil⁶.

En respuesta a esta necesidad, por Ley del 23 de diciembre de 1897 se autorizó el matrimonio civil de las personas que no profesan la religión católica, ante el alcalde del

Concejo Provincial de la Provincia del domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos varones, mayores de edad y vecinos del lugar, previa comprobación de tener la capacidad legal para contraer matrimonio. De igual forma podían acudir a este tipo de celebración, aquellas personas a quienes la Iglesia negó la licencia para casarse fundada en el impedimento de disparidad de cultos (artículo 1). Incluso se declararon válidas las inscripciones hechas hasta la fecha de promulgación de esta Ley en los Registros del Estado Civil respecto de matrimonios de los no católicos (artículo 6); y que los matrimonios de los no católicos celebrados ante los agentes diplomáticos o consulares o ante los ministros de cultos disidentes, podrán inscribirse directamente en los registros de matrimonios dentro del plazo de dos años de promulgada la presente Ley (artículo 7). En la práctica, esta Ley había creado la posibilidad de dos formas matrimoniales: la regulada por el Concilio de Trento, para quienes profesen la religión católica; y la civil, para los no católicos, ya sea aquellos que nunca la había profesado (por lo general extranjeros que residían en el país).

Esta etapa era transitoria hacia la total laicización del matrimonio en nuestro país. Como prelude, los Decretos Leyes N°s 6889 y 6890, del 8 de octubre de 1930, fijaron que el matrimonio produce efectos civiles siempre que haya

sido celebrado en la forma prevista por la Ley del 23 de diciembre de 1897. Asimismo, dispusieron que los párrocos, pastores y sacerdotes que hagan sus veces exigirán antes de celebrar el matrimonio religioso el certificado del matrimonio civil y que inclusive sufrirán pena de “arresto mayor” aquellos clérigos que casen sin este requisito.

Los posteriores Códigos han consagrado legislativamente el matrimonio laico. El largo y continuo debate previo a la aprobación del Código Civil de 1936 finalizó con la Ley N° 8305, que autorizó al Poder Ejecutivo a promulgar el proyecto de Código preparado por la Comisión Reformadora del Código Civil, introduciendo las reformas que estime convenientes de acuerdo con la Comisión que designe el Congreso Constituyente, salvo una excepción que de manera expresa se señaló en los siguientes términos: “pero manteniendo inalterables en dicho Código las disposiciones que sobre el matrimonio civil obligatorio y divorcio contienen las leyes N°s 7893 y 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931”. Estas Leyes ratificaron los Decretos Leyes N° 6889 y 6890. En ese sentido, los artículos 101 y 114 del Código Civil de 1936 únicamente autorizaron la celebración del matrimonio al alcalde provincial o distrital del domicilio o de la residencia de cualquiera de los contrayentes.

5 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX. El Código Civil de 1936*. El bosque institucional. Tomo VI, Vol. 3, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 85-86.

6 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX Los signos del cambio*. Las Instituciones. Tomo V, Vol. 2, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 289.

El Código Civil de 1984 contiene en sus artículos 248 y 259 similares disposiciones.

Por lo que siendo una de las características del matrimonio contemporáneo: su laicidad, la propuesta contenida en el presente proyecto de ley es plenamente compatible en razón que la posibilidad de que el notario pueda celebrar matrimonios civiles se encuentra acorde con dicho carácter.

4. El rol del notario y la legislación comparada

Esta compatibilidad tiene como expresión la paulatina inserción dentro de las legislaciones civiles de países del *Civil Law* de la figura del notario como autoridad a cargo de la celebración del matrimonio, conforme pasaremos a dar cuenta.

Es el caso de **Colombia**, que por Decreto N° 2668 de 1988 vigente desde el 1 de enero de 1989, se autorizó la celebración del matrimonio civil ante notario público, estableciendo para tal efecto, los requisitos para la solicitud, las reglas de competencia, el procedimiento de publicación de edictos y de oposición, la elaboración de la escritura que contiene el matrimonio y su posterior inscripción en el registro civil.

Es relevante para el presente análisis el artículo 6 de dicho Decreto que señala el contenido de la escritura que contenga el contrato matrimonial, en el mismo que “se expresará el nombre, apellido e identidad de los contrayentes, el lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad y domicilio, la circunstancia de hallarse en su entero y cabal juicio y su manifestación de viva voz

ante el notario, previo interrogatorio de este, de que mediante el contrato de matrimonio libre y espontáneamente se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente y que no existe impedimento para celebrarlo. Así mismo, se harán constar las legitimaciones a que hubiere lugar. Presentes los contrayentes y el Notario, este leerá personalmente la escritura, y será suscrita por los intervinientes y el Notario en un solo acto”. Esta norma fue declarada exequible (de acuerdo con la Constitución) por la Corte Suprema de Colombia, mediante sentencia N° 058, del 21 de setiembre de 1989.

Autorizada la escritura se procede a la inscripción en el registro civil. El notario, además a costa de los interesados, comunicará telegráficamente el mismo día o a más tardar el siguiente, la celebración del matrimonio a los funcionarios para que hagan las respectivas notas marginales, las cuales deberán aparecer necesariamente en las copias que de ellas se expidan (artículo 7 del Decreto).

En **Guatemala**, el artículo 92 del Código Civil aprobado por Decreto Ley N° 106, del 7 de octubre de 1963, faculta la celebración del matrimonio alternativamente ante el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, el notario “hábil legalmente”, o el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad otorgada por la autoridad administrativa que corresponde.

El funcionario competente –cualquiera de los antes señalados– de la residencia de cualquiera de los contrayentes recibe la solicitud “bajo juramento” de cada uno de ellos y les hace firmar un acta,

identificándolos y recogiendo la manifestación de su intención, la ausencia de impedimentos y el régimen económico del matrimonio que adoptarán si no presentan capitulaciones matrimoniales (artículo 93 del Código Civil de Guatemala).

Cumplidos los requisitos legales, el funcionario competente señala día y hora para la celebración del matrimonio, o procederá a su celebración inmediata. Para tal efecto, en la celebración, da lectura a los artículos 78, 108 a 114 del Código Civil, recibe de cada uno de los contrayentes su consentimiento expreso “de tomarse como marido y mujer” y los declara unidos en matrimonio. El acta debe ser aceptada y firmada por los cónyuges y los testigos, si los hubiere, poniendo su impresión digital los que no sepan hacerlo, además del funcionario competente (artículos 98 y 99 del Código Civil de Guatemala).

Las actas de matrimonio serán asentadas en un libro especial que deberán llevar las municipalidades. En el caso de los notarios, “harán constar el matrimonio en acta notarial que deberá ser protocolizada” (artículo 101 del Código Civil de Guatemala).

En **Costa Rica**, el artículo 24 del Código de Familia, Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973, señala que el matrimonio se celebrará ante la autoridad de la jurisdicción en donde hayan residido los últimos tres meses cualquiera de los contrayentes (juez civil, alcalde o gobernador de la provincia). Asimismo, señala que “los notarios públicos están autorizados para celebrar matrimonios en todo el país”. En este caso, agrega: “el acta

correspondiente se asentará en su protocolo y deberán (los notarios) conservar en el de referencias, la copia respectiva”.

Los que deseen contraer matrimonio lo manifiestan ante el funcionario correspondiente –cualquiera de los antes señalados– de los lugares de su residencia o domicilio durante los últimos tres meses. Esta manifestación es firmada por los futuros contrayentes y publicada por medio de edicto en el Boletín Judicial (artículo 25). Entre el edicto y la celebración del matrimonio debe mediar un intervalo de ocho días naturales por lo menos, y se puede celebrar dentro de los seis meses (artículo 26).

La celebración del matrimonio debe hacerse ante el funcionario competente y en presencia de dos testigos mayores de edad, “que sepan leer y escribir”. Los contrayentes deben expresar su voluntad de unirse en matrimonio, cumplido lo cual el funcionario los declara casados. Se levanta un acta que firman el funcionario, los contrayentes, si pueden y los testigos del acto. A los contrayentes se les entrega copia del acta firmada y el funcionario debe enviar dentro de los ocho días el acta y los documentos requeridos al Registro Civil para su inscripción (artículos 31 y 33).

En **España**, la Ley 15/2015 del 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificó los artículos 51 al 63 del Código Civil y otorga competencia para celebrar los matrimonios civiles indistintamente al juez de paz o alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue; secretario judicial o notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea

competente en el lugar de la celebración; o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.

El procedimiento inicia con la tramitación del expediente de acuerdo a la legislación del registro civil, en el que se debe de acreditar que reúnen los requisitos de capacidad y que los contrayentes no tienen impedimentos o de cualquier obstáculo. Para tal efecto, el notario (u otro funcionario competente) oír a ambos contrayentes y por separado para cerciorarse de estos requisitos (artículo 58 de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil). Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento (artículo 56). Cumplidos estos requisitos, el notario (o cualquiera de los funcionarios competentes) finalizará el acta haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, así como la determinación del régimen económico matrimonial.

Los contrayentes pueden elegir otorgar el consentimiento ante el mismo notario u otro distinto, o inclusive ante juez de paz, alcalde o concejal que haga sus veces.

La autoridad celebrante –entre ellos el notario– en la celebración del matrimonio después de leídos los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil pregunta a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto y respondiendo afirmativamente, declara que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá el

acta o autorizará la escritura correspondiente (artículo 58).

En cualquiera de estos casos, se remite al Registro Civil correspondiente para su inscripción, previa calificación por el encargado del mismo (artículo 62).

Asimismo, es relevante señalar que también en el Notariado anglosajón, existen legislaciones donde el Notario celebra matrimonios, como es el **estado de Florida** en los Estados Unidos, conforme al numeral 117.045 de los Florida Statutes se señala:

“**117.045 Marriages.**- A notary public is authorized to solemnize the rites of matrimony. For solemnizing the rites of matrimony, the fee of a notary public may not exceed those provided by law to the clerks of the circuit court for like services”.

5. El notario es un profesional especializado en Derecho, conector y garante de los derechos de las personas

Como se puede apreciar de la revisión de la legislación civil nacional y comparada, existen tres etapas en la celebración del matrimonio:

5.1. La primera, la elaboración del expediente matrimonial, que incluye la solicitud con la manifestación de voluntad de casarse de los futuros contrayentes y la presentación de la documentación necesaria que acredite que no poseen ningún impedimento matrimonial y que están aptos para casarse. El trámite de dicho expediente incluye la publicación de esta decisión y la posibilidad que haya oposición y finaliza con la decisión del funcionario autorizado por ley de declarar

aptos para casarse a los solicitantes y el señalamiento de día y hora para la celebración del matrimonio.

5.2. La segunda, el acto de la celebración del matrimonio, que se realiza ante el funcionario autorizado por ley y ante testigos, y consiste en una ceremonia donde se previene de las obligaciones derivadas del matrimonio y se recoge la voluntad de cada uno de los contrayentes. La ceremonia finaliza con la firma y suscripción del acta.

5.3. La tercera, la inscripción del acta matrimonial en el registro civil. Para tal efecto, se envían partes al registro civil y este realiza la inscripción correspondiente.

Todas estas etapas pueden estar a cargo y son compatibles con la función notarial. En principio, se trata de un acto sin contienda, es decir en situaciones de normalidad, y que no requiere modificación alguna en cuanto a los requisitos y el procedimiento a llevarse a cabo regulado por la legislación vigente (artículos 248 al 268 del Código Civil).

Es de recalcar que la función notarial está enlazada con dos finalidades de gran importancia para la sociedad en su conjunto: seguridad jurídica y ser garante de los derechos de las personas.

Otorga seguridad jurídica, porque la función notarial a su vez se desdobra en dos: una vertiente autenticadora, en virtud de la que dar fe de aquello que percibe con sus sentidos y que constituye el contenido

de la redacción del documento (instrumento público); y otra vertiente conformadora, mediante la que se da forma a la decisión o voluntad de las personas en los diversos actos jurídicos que ante él se realizan⁷. En otras palabras, el notario por delegación del Estado tiene como encargo dar fe de los actos que ante él presencie y como conocedor del Derecho le da forma adecuada a dichas voluntades a través del instrumento público correspondiente.

Es garante de los derechos de las personas, porque al tener el carácter de tercero imparcial debidamente calificado, el notario contribuye a la realización de los derechos fundamentales de la persona, como son el derecho a la autonomía de la voluntad, y en específico en este caso, el derecho a fundar una familia –en este caso, sobre la base del matrimonio–, conforme a las normas contenidas en nuestra Constitución y los convenios internacionales suscritos por nuestro país, y que tiene relación y hunde sus raíces en el proyecto de vida que cada ciudadano tiene⁸.

El notario tiene la condición previa de abogado, y en gran número de casos tiene especialización académica en Derecho Civil, y por la naturaleza de sus funciones tiene las aptitudes suficientes para verificar si las personas tienen las condiciones señaladas en la Ley como requisitos para casarse y son libres de impedimentos matrimoniales (artículo 258 del Código Civil). Asimismo, conforme a la experiencia

que existe en los procedimientos no contenciosos que ya están a cargo de los notarios, puede hacer las publicaciones y atender los casos de oposición. En este supuesto, el notario según el procedimiento ya existente (artículos 253 y 258 del Código Civil) puede discriminar aquellas oposiciones que no se fundan en causa legal y por lo tanto deben ser rechazadas de plano, de aquellas que sí se fundan en causa legal y deben ser remitidas al juez.

En la celebración del matrimonio, el notario de acuerdo a los requisitos existentes puede realizar las preguntas de rigor y recibir la manifestación de la voluntad de los contrayentes (artículo 259 del Código Civil) así como la capacidad al momento de dicha celebración, de tal manera que sea libre, voluntaria y espontánea. Esta manifestación de voluntad se concreta en el acta matrimonial, que en este caso es contenida en una escritura y luego archivada en su registro de escrituras.

Con posterioridad a la suscripción del acta de matrimonio, el notario está obligado a remitir copia de dicha acta (parte notarial) al registro civil para su inscripción, en el mismo plazo y requisitos que el señalado por la normativa vigente (artículo 44, inciso b) de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y artículos 43 al 48 del Decreto Supremo N° 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).

7 VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *La función notarial de tipo latino*. Gaceta Notarial, Lima, 2012, p. 39.

8 MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Hacia una nueva visión de la Función Notarial: el Notario como garante del Proyecto de vida de la persona*. Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, Lima, 2015, pp. 216-222.



6. El notario está capacitado para brindar asesoría integral a los contrayentes de matrimonio de manera facultativa

Las necesidades del grupo que conforman los contrayentes de matrimonio son heterogéneas. Por un lado, puede tratarse de jóvenes que desean formar por primera vez una familia o puede tratarse de personas que contraen segundas nupcias, y que a su vez pueden tener hijos (familias ensambladas). Las necesidades en ambos casos de asesoría jurídica son distintas.

El notario, de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo del Notariado, es “el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia”.

Actualmente, el notario tramita diversos temas relacionados con el matrimonio:

6.1. Esponsales, legaliza las firmas o eleva a escritura pública la decisión de los contrayentes para celebrar futuras nupcias y con ello, le otorga fecha cierta frente a la libertad de forma señalado por el Código Civil a este tipo de acuerdos (artículo 239 del Código Civil).

6.2. Escritura de separación de patrimonios previa a la celebración del matrimonio, por la que los futuros contrayentes eligen este régimen patrimonial del matrimonio (artículo 295 del Código Civil). El Notario explica en estos casos las implicancias de dicho régimen, así como los deberes y derechos de cada contrayente.

6.3. Escritura de poder por el que uno de los futuros contrayentes delega la facultad de casarse con identificación de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio (artículo 264 del Código Civil).

6.4. Rectificación de la calidad de bien, cuando el régimen patrimonial

es de sociedad de gananciales y el bien tiene la calidad de social; tal condición se acredita con la partida de matrimonio y la inscripción del bien adquirido durante la vigencia de dicho régimen patrimonial (artículos 310 y 311, inciso del Código Civil).

6.5. Patrimonio familiar, a través de un procedimiento no contencioso, el notario declara dicha condición y se inscribe en los registros públicos (artículos 24 al 28 de la Ley N° 26662).

6.6. Divorcio por mutuo disenso, los casados pueden solicitar la disolución del matrimonio a través de procedimiento no contencioso notarial, previa declaración de la separación convencional (Ley N° 29227).

6.7. Liquidación de régimen patrimonial de sociedad de gananciales, el Notario puede redactar el inventario de los bienes al finalizar el régimen patrimonial de los cónyuges, así como en formalizar el acuerdo de liquidación, con la posterior distribución de gananciales a favor de cada cónyuge o sus herederos (artículos 320 y 323 del Código Civil).

6.8. Donaciones de bienes con ocasión de bodas (artículo 1626 del Código Civil).

Por lo que el notario, por su especialidad y conocimiento en los derechos civiles derivados de la celebración del matrimonio, puede brindar una asesoría integral a los contrayentes, de acuerdo a sus necesidades, informando a los futuros contrayentes sobre las implicancias del matrimonio, tanto a nivel de los efectos personales como también los efectos patrimoniales del mismo, así como de temas complementarias, como los

ya mencionados; de tal manera que puedan conocer de manera integral sus derechos y deberes nacidos del matrimonio.

Asimismo, el notario actualmente realiza trámites previos a la solicitud del matrimonio, como la legalización de firmas en las declaraciones de los contrayentes y testigos (artículo 248 del Código Civil).

De acuerdo a los términos del proyecto de Ley, con acierto, el notario actuará únicamente a elección de los futuros contrayentes y de manera alternativa, es decir facultativa; quedando en total libertad de elegir esta vía para celebrar su matrimonio o aquella que actualmente ya existe ante la Municipalidad.

II. POSIBLES OBSERVACIONES A LA PROPUESTA LEGISLATIVA

En el debate parlamentario se han ido presentando observaciones, siendo las más recurrentes las siguientes:

1. La propuesta infringe la prohibición de iniciativa de gasto como límite para las proposiciones legislativas presentadas por los congresistas

El artículo 79 de la Constitución Política señala que “los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”. Similar disposición señala el reglamento del Congreso al indicar en el artículo 76 inciso 2, literal a) que las propuestas legislativas de los congresistas: “no pueden contener propuestas de creación ni aumento de gasto público”.

Esta disposición tuvo por finalidad reducir la proliferación legislativa y

la ampliación de gastos vía la aprobación de proyectos de ley presentados por los miembros del parlamento; situación que se produjo con la Constitución de 1979, que no tenía disposición similar.

Sin embargo, en el presente caso no estamos ante un gasto público, conceptualizado gramaticalmente como aquel “gasto que realizan las Administraciones Públicas” (Diccionario RAE). No se está creando ni incrementando los gastos en los que van a incurrir las municipalidades para celebrar matrimonios, que podría ocurrir en el supuesto que se generen nuevas obligaciones o formalidades a dichas comunas o se incrementen sus gastos de operación para llevar a cabo dicha función.

Tampoco se está considerando, aunque esto escapa del concepto gramatical de gasto, reducir las tasas que actualmente cobran las municipalidades para la celebración del matrimonio. La aprobación de las mismas sigue estando a cargo de dichas municipalidades, a través de ordenanzas.

La posibilidad de que se reduzcan los ingresos de las municipalidades a través de la elección del notario, como autoridad celebrante del matrimonio, no es técnicamente un gasto público, conforme al concepto literal y gramatical antes anotado. Mucho más si se tiene en cuenta que el antecedente normativo que tuvo como modelo el constituyente al elaborar la Constitución Política de 1993 fue el artículo 40 de la Constitución Francesa de 1958, que estableció: “no se admitirán a trámite las proposiciones y enmiendas formuladas por los miembros del Parlamento cuando su aprobación tuviera como

consecuencia **una disminución de los ingresos públicos** o bien la creación o aumento de un gasto público” (el énfasis es nuestro). Por lo que se aprecia claramente, a la vista del modelo que le sirvió de fuente, que el constituyente obvió esta limitación, considerando únicamente dentro de su ámbito a los gastos públicos.

En todo caso, cualquier detrimento en los ingresos por la celebración del matrimonio ante notario será compensado vía el ingreso tributario a favor del Estado, por concepto de impuesto a la renta (tercera categoría) e Impuesto General a las Ventas, que gravan todo servicio realizado por los notarios.

2. Se debe modificar la ley orgánica de municipalidades

El artículo 20, inciso 16, de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que son atribuciones del alcalde: “celebrar matrimonios civiles de los vecinos, de acuerdo con las normas del Código Civil”.

El artículo 106 de la Constitución Política señala en su segundo párrafo que “los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”. Por lo que esta disposición constitucional obliga a una votación calificada para la aprobación de una modificación de una Ley Orgánica.

En el presente caso no se está modificando la disposición antes citada de la Ley Orgánica de Municipalidades, que permanecerá incólume, en razón que no se restringe, modifica ni mucho menos elimina la atribución fijada a la autoridad edil.

En cualquier caso, debe tenerse presente que el notario como autoridad celebrante del matrimonio reúne las condiciones profesionales y posee la especialidad necesaria para llevar a cabo esta función, conforme lo hemos señalado con amplitud.

3. La temática requiere ser analizada conjuntamente con otras modificaciones del Código Civil

No existe ningún impedimento, desde la técnica legislativa, para realizar modificaciones del Código Civil, máxime que no se producirá un cambio radical al contenido civil de la institución matrimonial, en sus requisitos y formalidades, ni tampoco en otras instituciones civiles.

Sin perjuicio de lo antes señalado, nada obsta en realizar una norma especial que regule específicamente el matrimonio notarial, siempre que las formalidades esenciales sean las mismas que las requeridas en el Código Civil.

CONCLUSIONES

Por lo que consideramos que la propuesta legislativa que plantea el matrimonio notarial es viable, en razón que cumple y desarrolla el mandato constitucional contenido en el artículo 4 de la Constitución Política, y demás convenios internacionales ratificados por nuestro país. Además es plenamente compatible con la laicidad que caracteriza el matrimonio civil y con el sistema del notariado latino, en el que existen diversas legislaciones comparadas que permiten al notario celebrar matrimonios.

El notario, en nuestro ordenamiento jurídico, es un profesional abogado especializado en materia civil, y

que además puede ser garante de los derechos de las personas y realizar una asesoría integral a los contrayentes, sobre otros temas relacionados con el matrimonio.

Algunos aspectos a tener en cuenta son los siguientes:

Desde el punto de vista de técnica legislativa, se puede optar por modificar el Código Civil agregando como autoridad celebrante del matrimonio al notario, o alternativamente aprobar una ley especial que regule estas funciones del notario.

En cualquiera de los casos, los requisitos previos y el procedimiento señalados en el Código Civil para la celebración del matrimonio deben ser los mismos, de tal manera que el notario tenga las mismas atribuciones que el alcalde tiene actualmente. La única excepción, acorde con la normativa que regula la función notarial, es la indelegabilidad de las atribuciones del notario en la celebración del matrimonio.

No consideramos necesaria la inclusión de la modificación de la Ley de Competencia Notarial de Asuntos no Contenciosos, porque esta ley regula los procesos no contenciosos que pueden ser tramitados ante juez o notario; distinto del presente caso, donde se regula una materia que alternativamente tendrá al alcalde (de ordinario, salvo delegación) o el notario y que por su naturaleza no implica ningún tipo de contención entre los contrayentes.

Coincidimos con el proyecto de ley en no modificar los artículos 266 y 267 del Código Civil, en razón de que los únicos prohibidos para

cobrar derecho alguno por la celebración del matrimonio son los funcionarios y servidores públicos. El notario, conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo del Notariado, no tiene ninguna de estas condiciones. De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política está facultado para cobrar por los servicios que presta, de manera libre y a elección de los contrayentes.

Referencias bibliográficas

- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano. Sociedad conyugal*. Tomo I, Studium, Lima.
- PLÁCIDO VILCACHUAGA, Alex. En: AA.VV. *La Constitución comentada*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Hacia una nueva visión de la función notarial: el Notario como garante del proyecto de vida de la persona*. Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, Lima, 2015.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX. El Código Civil de 1936*. El bosque institucional. Tomo VI, Vol. 3, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX Los signos del cambio*. Las instituciones. Tomo V, Vol. 2, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *La función notarial de tipo latino*. Gaceta Notarial, Lima, 2012.