

UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN - TACNA

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**LA INCORPORACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO
ANTE NOTARIO PÚBLICO MODIFICANDO
EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

TESIS

PRESENTADA POR:

ABOG. GONZALO CARLOS TALA CHIPOCO

Para optar el Grado Académico de:

**MAESTRO EN CIENCIAS (*MAGÍSTER SCIENTIAE*) CON
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

TACNA - PERÚ

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN - TACNA

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Civil y Comercial

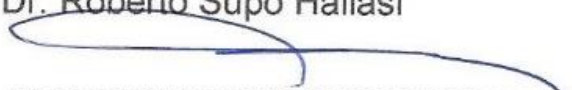
**LA INCORPORACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO ANTE
NOTARIO PÚBLICO MODIFICANDO EL CODIGO CIVIL PERUANO**

Tesis Sustentada y Aprobada el veinticuatro de mayo del 2017; estando el jurado calificador conformado por:


PRESIDENTE:


.....
Dr. Roberto Supo Hallasi

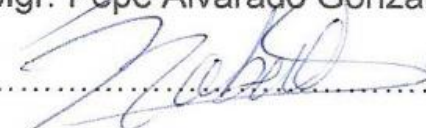
SECRETARIO:


.....
Mgr. Juan Morales Chiri

MIEMBRO:


.....
Mgr. Pepe Alvarado Gonzalves

ASESOR:


.....
Mgr. Roberto Castillo Torres

Dedicatoria:

A mis padres y hermanos.

AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que de una u otra forma, colaboraron o participaron en la realización de esta investigación, hago extensivo mi más sincero agradecimiento, en especial agradezco a los doctores Roberto Castillo Torres y James Peña por su tiempo y valiosa asesoría en la absolución de mis consultas; a mi familia, por su aliento incondicional, su comprensión y por el tiempo robado para la elaboración y culminación de este trabajo.

CONTENIDO

	Pág.
Dedicatoria	iii
Agradecimientos	iv
Resumen	xii
Abstract	xiii
Introducción	1
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1 Descripción del Problema	4
1.1.1 Antecedentes del Problema	4
1.1.2 Problemática de la investigación	7
1.2 Formulación del Problema	10
1.2.1 Problema General	10
1.2.2 Problema Específico	11
1.3 Justificación e Importancia del Problema	11
1.4 Alcances y limitaciones	14
1.4.1 Alcances	14

1.4.2 Limitaciones	14
1.5 Objetivos	12
1.5.1 Objetivo General	15
1.5.2 Objetivo Especifico	15
1.6 Hipótesis	16
1.6.1 Hipótesis General	16
1.6.2 Hipótesis Específica	17
 CAPITULO II MARCO TEORICO	
21 El Matrimonio En El Perú	18
2.1.1 Antecedentes Históricos del Matrimonio en el Perú	18
2.1.2 Etimología De Matrimonio	23
2.1.3 Definición Del Matrimonio	24
2.1.4 Naturaleza Jurídica Del Matrimonio	29
2.1.5 Características Del Matrimonio	43
2.1.6 Requisitos del Matrimonio	49
2.1.7 Celebración del Matrimonio	56
2.1.8 Régimen Matrimonial	78
2.1.9 Efectos Jurídicos del Matrimonio	80

2.1.10	El Matrimonio de la Legislación Peruana	82
2.1.11	Fundamentación Socio Jurídica Del Matrimonio	87
22	Del Notario Público en la Legislación Peruana	94
2.2.1	Antecedentes históricos del Notariado en el Perú	94
2.2.2	Definición del Notario Público	105
2.2.3	La Función Pública Notarial	109
2.2.4	.La Fe Publica Notarial	117
2.2.5	Características del Notario Público	119
2.2.6	Instrumento Público Notarial	120
2.2.7	Instrumento Público Protocolar	124
2.2.8	Registro de escrituras Públicas	131
23	Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos	135
2.3.1	Antecedentes	135
2.3.2	Jurisdicción Voluntaria	136
2.3.3	La Jurisdicción Voluntaria en el Perú	147
24	Derecho Comparado	153

2.4.1 Matrimonio Civil en Colombia	153
2.4.2 Matrimonio Civil en Costa Rica	159
25 Glosario de Terminos	164

CAPITULO III: MARCO METODOLOGICO

3.1 Tipo y Diseño de la Investigación	170
3.2 Población y Muestra	171
3.3 Operacionalización de Variables	173
3.4 Técnicas e instrumentos para la recolección de Datos	175
3.5 Procesamiento y Análisis de Datos	176

CAPITULO IV: ANALISIS DE RESULTADOS

4.1 Resultados de la encuesta aplicada a la población usuaria de las Notarías y del Registro Civil de las Municipalidad Provincia de Tacna.	178
4.2 Resultados de la entrevista aplicada a los Notarios Públicos y el Jefe del Registro Civil de la Provincia de Tacna	195

CAPITULO V: DISCUSION DE RESULTADOS

5.1 Discusión de Resultados de las encuestas y entrevistas aplicadas 200

CONCLUSIONES 206

RECOMENDACIONES 208

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 210

ANEXOS 217

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.	La Seguridad del Matrimonio Notarial	213
Tabla 2.	Requisitos en el matrimonio civil	215
Tabla 3.	Matrimonio en la Municipalidad de Tacna	217
Tabla 4.	Matrimonio civil en sede Notarial	219
Tabla 5.	Garantía del Matrimonio Notarial	221
Tabla 6.	Facultad notarial para celebrar Matrimonio Civil	223
Tabla 7.	Cambios al Matrimonio Civil	225
Tabla 8.	Confianza en el Notario	227

INDICE DE FIGURAS

Figura 1.	La Seguridad del Matrimonio Notarial	214
Figura 2.	Requisitos en el matrimonio civil	216
Figura 3.	Matrimonio en la Municipalidad de Tacna	218
Figura 4.	Matrimonio civil en sede Notarial	220
Figura 5.	Garantía del Matrimonio Notarial	222
Figura 6.	Facultad notarial para celebrar Matrimonio Civil	224
Figura 7.	Cambios al Matrimonio Civil	226
Figura 8.	Confianza en el Notario	228

RESUMEN

La presente investigación referida a La Celebración del Matrimonio ante Notario Público, modificando el Código Civil de 1984, pretende ser un aporte al Derecho Notarial Peruano, debido a que en la actualidad existen preceptos jurídicos pétreos no acordes a las complejas relaciones sociales de nuestro país; es por ello que las opciones para contraer matrimonio civil en el Perú se reducen a una sola: “Registro Civil Municipal”.

Así pues, la investigación persigue que el Notario adquiriera facultades que podría asumirlas sin mayor dificultad, ya que es un acto voluntario y tiene la finalidad de entregarles a los contrayentes escoger el camino a conseguir su vínculo matrimonial, en la actualidad el notario dentro de las atribuciones que le confiere la Ley puede divorciar, ¿por qué no poder celebrar vínculos matrimoniales?

Palabras clave: matrimonio, notarial, Código Civil

ABSTRACT

The present investigation regarding the Celebration of Marriage before Notary Public, modifying the Civil Code of 1984, pretends to be a contribution to the Peruvian Notary Law, due to the fact that at present there are stone legal precepts that do not conform to the complex social relations of our country; That is why the options to contract civil marriage in Peru are reduced to only one: "Municipal Civil Registry."

Thus, the investigation seeks that the Notary acquires powers that could assume them without greater difficulty, since it is a voluntary act and has the purpose of giving the contracting parties to choose the way to obtain their marriage bond, currently the notary within the Powers conferred by the Law can divorce, why not be able to celebrate marriage bonds?

Keywords: marriage, notary, Civil Code

INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis que a continuación se presenta se titula: **“LA INCORPORACION DEL MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO ANTE NOTARIO PUBLICO MODIFICANDO EL CODIGO CIVIL PERUANO”**. Es una investigación donde se hacen referencias jurídico-doctrinales, que abordan el tema central del matrimonio celebrado ante notario público, sin embargo se tratan también aspectos importantes de la institución jurídica del matrimonio, sus antecedentes doctrinarios y fundamentos legales, haciendo un enlace con la función pública notarial en la celebración de aquella institución, además analizando en forma sustancial cada una de las actividades o funciones que desarrolla el notario.

Es conveniente investigar y estudiar el tema referido, debido a que el Notario, actualmente, no ha extendido la aplicación de la Fe Pública Notarial que posee en los actos y contratos que autoriza, y por lo tanto, es importante enfatizar los grandes cambios que ha sufrido dicha función a través del tiempo, para lo cual, se indagará en legislaciones antiguas y actuales

Nacionales y extranjeras, de ese modo detectar si es correcta su aplicación actualmente.

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- En este capítulo se presentan los antecedentes, la formulación y la hipótesis que es la pieza de mayor importancia en la investigación que se realiza, planteando los objetivos generales y específicos y una justificación pertinente.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.- Contiene un estudio de los antecedentes de la investigación conforme la tesis, monografías, ensayos, informes o estudios que se encuentren enmarcados en el tema; luego, en base a libros, textos, artículos, revistas o publicaciones electrónicas, se realizó una fundamentación teórica del Matrimonio Notarial. Esto fue suficientemente para plantear una hipótesis y sobre ésta, establecer las variables que sustentan de la investigación; y consecuentemente, un glosario de los términos básicos que se utilizarán en su desarrollo para su mejor comprensión.]

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA.- En este capítulo se incorpora todos los métodos de investigación a utilizar que tuvieron una significativa contribución para establecer parámetros del diseño de la investigación sin

omitir ninguno de sus procedimientos. Posteriormente se determinó la población a la que estuvo dirigida el estudio y la muestra que permitirá obtener datos actuales y fidedignos que dieron la pauta para operar con las variables del estudio, recurriendo a los métodos de la investigación para el procesamiento y cuantificación de los datos obtenidos, mediante el análisis de los resultados, para establecer las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO IV. RESULTADOS.- corresponde a la presentación, análisis e interpretación de resultados, se analiza los resultados del cuestionario aplicado, con su respectiva discusión de resultados y su método de validación.

Capítulo V: DISCUSION.- El capítulo quinto posee la reflexión de la propuesta alcanzada que propugna llevar a cabo con la celebración del Matrimonio Civil a cargo del notario Público proponiendo la modificatoria del Código Civil como se planteó en la hipótesis.

Finaliza con la presentación de conclusiones Y recomendaciones, contando con toda la referencia bibliografía consultada

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.1.1. Antecedentes del Problema

En cuanto al presente trabajo de investigación que aborda como eje central la incorporación del Matrimonio civil en sede Notarial y sus modificatorias relacionadas al Código Civil de 1984, en la literatura nacional no existen precedentes de investigaciones jurídicas que abordan brevemente el tema o trabajos con anterioridad, o mejor dicho, no existe una investigación jurídica que proponga dicha iniciativa; en consecuencia, tanto como antecedentes propiamente dichos, no existe investigación de índole similar.

Existen vestigios poco conocidos de esta propuesta legal que datan del año 2002, a iniciativa de los ex congresistas (Hildebrando Tapia y José Barba Caballero) que planteaba solo modificar el art 263 del Código Civil, donde el notario debería remitir "...dentro de un plazo no mayor de cuarentiocho horas el certificado del matrimonio a la oficina del registro del estado civil respectivo", dicha propuesta se desconoce si fue discutida.

Para el año 2008, a iniciativa del desaparecido congresista Aprista José Macedo Sánchez y otros, que plateaba ampliar la facultad de celebrar matrimonios a cargo de los **notarios y jueces de paz**, siendo dicho proyecto auscultado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos fue rechazado por unanimidad. Paraphrasing to the commission, which considered the marriage as a "institution" almost biblical and could not be compared as a contract celebrated by the notary; on the contrary, it would mean a decay of the matrimonial institution, pointing out that we are not yet prepared to assume such changes and should continue in the traditional way, which is protected by the constitution.

A fines del año 2010 y durante el 2011, tanto el Colegio de Notarios de San Martín y la Junta de Decanos del Colegio de Abogados del Perú, bajo la potestad de iniciativa legislativa propugnaban la ampliación de facultades para celebrar el matrimonio civil señalando que ellos pueden cumplir con las mismas funciones de la autoridad competente además son profesionales de derecho perfectamente calificados para celebrarlo, no pasó a dictamen.

Para el año 2015 el congresista de Fuerza Popular, José Luis Elías Avalos, propone nuevamente la competencia para los notarios públicos en celebrar matrimonios, dicha propuesta quedó olvidada.

Y por último el proyecto de Ley N° 074/2016 vigente, intitulado "Proyecto De Ley Que Faculta A Los Notarios Públicos A Celebrar Matrimonio Civil", lograda en septiembre del año pasado, es casi un plagio a la propuesta del año 2015(a nivel de exposición de motivos), si desean se permiten en compararla, tiene dictamen actualmente favorable por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

No obstante, respecto a la investigación efectuada en la presente tesis, se ha verificado acervo de contenido documentario de nivel internacional, como trabajos de investigación de planteamiento similar que propugnan el matrimonio civil en su respectivo país. Respecto al análisis efectuado, se ha podido observar un contenido superfluo y genérico donde se propugna el denominado matrimonio notarial. Por ello esta tesis servirá para sustentar y garantizar, a través de contenido teórico y los alcances metodológicos en la incorporación el Matrimonio Civil en sede Notarial.

Lo trascendente de la presente investigación permitirá que los posibles contrayentes matrimoniales, tendrán una opción válida y rápida, mediante los notarios para formalizar y solemnizar a través del acta notarial su matrimonio.

Los notarios públicos están dotados con la fe pública notarial lo cual garantiza que los matrimonios celebrados ante su persona sean fuente de reconocimiento legal, es por ello, en este trabajo se propone cambiar el paradigma sobre el matrimonio y ajustarlo a las exigencias sociales de este país

1.1.2. Problemática de la investigación

En relación con el marco institucional y social del matrimonio en el Perú, conlleva a un trámite administrativo; si es una boda civil, se hace frecuentemente encargado del Registro Civil. No se trata de un trámite de solicitud rápida, los contrayentes deben aportar una documentación, y en general, una vez que se cuenta con los requisitos, se convierte en un proceso tedioso y burocrático, esperarán a que llegue la fecha en la cual el encargado del Registro Civil está disponible, plazos ineludibles que no se pueden abreviar, además solo se limitan a una competencia territorial.

Al mismo tiempo, la fe pública notarial es la función principal del Notario, que lo singulariza y distingue, el notario cuenta con los medios necesarios para realizar su labor con eficacia y seguridad jurídica, como puede ser el caso de la celebración de matrimonios civiles; a las que con su actuación legal ,vuelve auténtica, eficaz y veraz.

En la presente investigación, se establece un problema esencial que aspira determinar y describir desde diferentes acepciones y puntos de vista; el sistema actual para contraer matrimonio civil en el Perú, si bien es un sistema pertinente. No es lo suficientemente adecuado a las necesidades de la sociedad.

Como punto de partida , se establece que la voluntad de las personas para solemnizar las distintas relaciones afectivas que entablan a lo largo de su vida y los organismos ante los que recurren para darle el carácter legal a su unión; en particularmente el matrimonio, constituye un inconveniente, debido a que, el sistema actual, para contraer matrimonio está sumiso a realizarse ante un solo organismo estatal, el cual es el Registro Civil de la Municipalidad de uno de los Contrayentes, lo cual limita el derecho constitucional a la libertad y la voluntad de las personas frente a elegir la autoridad ante quien celebrar su vínculo matrimonial,

sabiendo que, teniendo una alternativa legal asequible, sería potestad, de las personas elegir cuál es su opción a elegir; como si ocurre en otras instituciones jurídicas de similar importancia.

El Registro Civil viene brindando este servicio , pero junto con el crecimiento de la población, ha aumentado la demanda de matrimonios a pesar del servicio que presta el Registro Civil, el matrimonio puede realizarse de una manera rápida y oportuna, ya que al ser el notario una persona que solemniza, y da forma legal a los actos y contratos a su conocimientos, puede realizar este tipo de acto puesto que son actos de jurisdicción voluntaria sin controversia y bajo la premisa de que los Notarios pueden divorciar por mutuo consentimiento, entonces por qué no poder celebrar vínculos matrimoniales.

Es incuestionable que el Estado Peruano al otorgar la competencia al Registro Civil respecto a la celebración del matrimonio civil ante sus autoridades, concentra en un mismo organismo estatal todos los casos que concurran a celebrarlo y resulta importante resaltar que la Constitución Política del Perú, en su artículo 4°, establece que la protección de la familia comienza por la debida promoción del matrimonio

a la que obliga la misma disposición constitucional. Esto, no impide que en la ley se contemple diversas maneras de contraer matrimonio, por cuanto al final siempre se lo celebrará de acuerdo con la ley.

Por lo tanto, es evidente que frente a la solemnización de un acto de tal importancia, las personas harán uso de la única y exclusiva opción que disponen. Frente a la alta demanda que existe en torno a esta institución jurídica, un solo organismo estatal no puede cumplir con los requerimientos de los contrayentes el tiempo y espacio que exigen, lo que es evidente debido a que los turnos que emiten son de larga espera respecto de la fecha en la que se presenta la solicitud, lo que acarrea malestar general., siendo los Notarios los funcionarios investidos de fe pública para autorizar el requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes, y al ser el matrimonio un contrato solemne conforme el código civil, se lo puede otorgar ante un notario.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿En qué medida con la modificación del Código Civil que otorgara competencia a los Notarios Públicos para celebrar el Matrimonio Civil,

facilitara el acceso a contraer Matrimonio Notarial garantizando la voluntad de los contrayentes?

1.2.2. Problema Específico

- a) ¿Cómo incidirá la modificación de los de los artículos 248, 250, 258, 259 y 260 del Código Civil, de incluir al notario en la celebración del matrimonio civil en sede notarial?
- b) ¿La existencia de la facultad de los Notarios/as para celebrar el matrimonio civil en acta notarial afecta el interés de los contrayentes?
- c) ¿Cuál es el impacto jurídico-social de la celebración del matrimonio civil ante el Notario Público en el Perú?
- d) ¿Cuáles son los presupuestos Constitucionales y Civiles que justifiquen el otorgamiento de la competencia de la celebración del matrimonio ante notario?

1.3. Justificación e Importancia del Problema

La presente investigación ha despertado el interés y el deseo de garantizar el uso de la celebración del matrimonio civil por parte del Notario mediante un acta notarial; siendo el matrimonio civil un contrato

solemne por el que hombre y mujer expresan su deseo de convivir en vínculo indisoluble y para toda la vida, para procrear y formar una familia, así como el de verse mutuamente.

Tradicionalmente, el matrimonio civil es el contrato que se contrae, formaliza e inscribe ante una autoridad civil como es el Jefe de Registro Civil en las diferentes municipalidades del País, prevista a unir a dos personas vinculadas para su convivencia y procreación, con derechos y obligaciones entre sí, como es de guardarse fidelidad, de socorrerse mutuamente, de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y de ejercer conjuntamente la potestad doméstica y la patria potestad sobre los hijos, que se presumen comunes salvo prueba contraria.

La institución del matrimonio se justifica debido a que tiene que estar dentro de las tendencias actuales, convirtiéndola eficaz, forjando así un bienestar colectivo suficiente y restringiendo la voluntad de las personas únicamente en aquello que atente contra la moral, el orden público y el deber ser de una sociedad. En lo que respecta a la institución del matrimonio, es irrefutable que regula cierto tipo de relaciones humanas, por tanto es necesario actualizarla para qué, eficazmente

atienda diversas formas de expresar la voluntad respecto de la autoridad de su confianza ante la cual pretenden solemnizar su vínculo.

Por otra parte; es necesario buscar otra alternativa amparada en la ley que surta los mismos efectos jurídicos y el interés de los contrayentes no se vea vulnerado; uno de ellos es la posibilidad de que las Notarías lleguen a realizar la tramitación del expediente y la celebración del matrimonio civil para que los contrayentes expresen el consentimiento matrimonial en el menor tiempo.

La importancia del presente estudio radica se conseguirá datos fehacientes respecto de los alcances de esta institución jurídica, y de igual manera estadísticas que indiquen sí, los presupuestos legales existentes para solemnizar esta institución, cumplen íntegramente con las exigencias sociales actuales, lo cual da la pauta para poder brindar alternativas legales; particularmente la viabilidad que tendría celebrar matrimonio civil ante distintas autoridades, lo cual exigiría un proyecto de reforma legal que posibilite la actualización de la institución en cuestión.

En definitiva, el presente estudio brinda un resultado real sobre sí la celebración de matrimonio civil ante Notario Público, facilita las mismas o

mejores garantías de celeridad respecto del actual organismo estatal al cual deben acudir imperativamente las personas para que éste autorice su unión matrimonial. Permitirá que este acto se realice con fluidez, rapidez y eficiencia, a través de todas las Notarías del país, permitiendo que la institución matrimonial tenga mayores índices de formalización y fortalecimiento. Esto implicará un ahorro importante de tiempo y costos para los interesados.

1.4. Alcances y limitaciones

1.4.1. Alcances

La Investigación abarcará las notarías de la Ciudad de Tacna y la Oficina de Registro civil de la Municipalidad Provincial de Tacna, quienes son aquellos los únicos que proporcionan la legalidad de la celebración del Matrimonio Civil que servirá para cambiar el paradigma del matrimonio civil en la actualidad.

1.4.2. Limitaciones

En el desarrollo de la investigación, se presentaron las siguientes limitaciones:

- Falta de información actualizada sobre los matrimonios en la región y en el país
- Escasa bibliografía que desarrollo temas innovadores en el derecho Registral y Notarial
- Poca disponibilidad de tiempo de los notarios y sus dependientes para brindar la información que se aplica a los trámites notariales.
- Máxima reserva y discreción de la información de los tramites notariales por parte de las diferentes notarias en la Provincia de Tacna

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Determinar e identificar en qué medida con la incorporación del Matrimonio Notarial. Modificando el Código Civil, facilita el acceso en la Celebración del Matrimonio a favor de la voluntad de los contrayentes.

1.5.2. Objetivo Especifico

- a) Elaborar un ante proyecto de reforma de los artículos 248, 250, 258, 259 y 260 del Código Civil , otorgándole a los Notarios/as la facultad

de la celebración del matrimonio civil en Acta Notarial para garantizar el principio de celeridad procesal y el interés de los contrayentes.

- b) Fundamentar jurídica y doctrinariamente la competencia del notarial en la celebración del Matrimonio civil en Acta notarial la voluntad de los contrayentes.
- c) Demostrar el impacto positivo que tendrá con la aceptación del matrimonio notarial propiciando una mayor cantidad de matrimonios con las solemnidades de ley.
- d) Demostrar que con la incorporación del matrimonio notarial se garantizara los principios Constitucionales y Principios del Derecho Civil en favor de los contrayentes.

1.6. Hipótesis

1.6.1. Hipótesis General

Con la modificación del Código Civil que otorgara competencia a los Notarios Públicos, para la celebración del matrimonio, se facilitara el acceso a contraer matrimonio notarial, garantizando la voluntad de los contrayentes.

1.6.2. Hipótesis Específica

- Proponer la reforma de los artículos 248, 250, 258, 259 y 260 de nuestro Código Civil del Código Civil Peruano, otorgándole a los Notarios/as la facultad de la celebración del matrimonio civil en Acta Notarial se garantizará el principio de celeridad procesal y el interés de los contrayentes.
- Los Notarios cuentan con la suficiencia profesional y el soporte tecnológico necesarios para realizar el Matrimonio Civil en Sede Notarial en cualquier región del país.
- La instauración del Matrimonio ante Notario permitirá que se realice con fluidez, rapidez y eficiencia, permitiendo la formalización y fortalecimiento de la institución matrimonial
- Con la reforma del Código Civil Peruano, para la Celebración del matrimonio en acta notarial, se garantizará la aplicación del principio de celeridad procesal e intermediación de los contrayentes.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

21 EL MATRIMONIO EN EL PERÚ

2.1.1 Antecedentes Históricos del Matrimonio en el Perú

El matrimonio es y ha sido a través de la historia, una de las decisiones de vida más importantes de la existencia humana, es el cimiento de la vida social, ya que de él surge la familia como célula fundamental de la sociedad a través de los tiempos. La historia del matrimonio, es por lo tanto, la historia de la humanidad misma porque nació con ella.

El antecedente más próximo que precede en la historia como país, se muestra en el Derecho Prehispánico, el matrimonio incaico estaba basado en la reciprocidad, pues se buscaba tener parentela, el que tenía hijos y familia era considerado rico, porque tenía quien lo ayude con el trabajo, en tanto que aquél que no tenía parentela, era considerado pobre, en palabras de Inca Garcilaso de la Vega.

Con la conquista del Imperio Incaico, los matrimonios entre españoles y los conquistados se dio con mucha facilidad. Al comienzo como concubinatos, terminando la mayoría de las veces en legítimos matrimonios.

Por ejemplo, el conquistador español Francisco Pizarro, contrajo matrimonio con Mama Quispe Cusi o Inés Huaylas Ñusta, hija del Inca Huayna Cápac; pero para poder contraer matrimonio estos representantes de dos culturas (la incaica y la española), tuvo Mama Quispe Cusi que ser bautizada y dársele un nombre cristiano al casarse con un español y ello, porque el matrimonio era considerado para la Iglesia como de su jurisdicción y atributo.

Durante el Virreinato, el matrimonio se basa en la fórmula del Concilio de Trento, por lo que – el matrimonio – se celebraba delante del párroco quien preguntaba a los futuros cónyuges si se aceptaban o no por esposos siguiendo a este acto la bendición nupcial. Los párrocos no podían casar a personas de otra parroquia sin permiso expreso, no pudiendo los desposados habitar una misma casa hasta no recibir la bendición.

En la República, el Código Civil de Santa Cruz de 1836 se basa en las formalidades adoptadas por el Concilio de Trento para la celebración del matrimonio, así como las que la Iglesia desee designar, disolviéndose el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, al igual que en el Virreinato, dejando de lado, sin embargo, el matrimonio laico y el divorcio que sí lo adoptó el Código Francés o Napoleónico, fuente de inspiración del Código de Santa Cruz.

Posteriormente, el Código Civil de 1852, vigente hasta el 14 de noviembre de 1936, señala que el matrimonio debe celebrarse de acuerdo a lo establecido por el Concilio de Trento siendo éste indisoluble, donde cabe la separación de cuerpos, mas no el divorcio y siendo, además, competentes los Tribunales eclesiásticos quienes conocerán de los elementos y efectos civiles del matrimonio. Quien no reconocía estos principios, estaba imposibilitado de casarse en el Perú.

El 23 de diciembre de 1897, el entonces Presidente de la República Nicolás de Piérola, promulga una ley, que era copia de la ley española de 1870, la cual permitía el matrimonio de los no católicos solucionándose, de esta manera, el delicado problema que se creaba para la población extranjera y de distintos cultos o credos quienes estaban imposibilitados

de contraer matrimonio en el Perú por ser válido solamente el matrimonio católico.

En el año 1918, el Senado aprueba un proyecto de ley en favor del divorcio y del matrimonio civil y se dicta la ley del 9 de noviembre de 1920 objetada por el presidente Augusto B. Leguía diez días después. La Iglesia mostró cierta sumisión durante el Oncenio de Leguía por lo que, en una suerte de venganza por parte del movimiento que derrocó a Leguía, se promulga en Octubre de 1930 el Decreto Ley 6889, reglamentada después por el Decreto Ley 7282 del 22 de agosto de 1931, en donde rige, como único matrimonio válido, el civil, el divorcio absoluto y la separación de cuerpos.

El Código Civil de 1936 se inspiró en el movimiento de laicalización y mantiene inalterables las disposiciones sobre matrimonio civil obligatorio y divorcio aunque hacía distinción entre hijos legítimos, ilegítimos, legitimados y alimentistas, aspecto éste que la Constitución de 1979 se encargó de dejar sin efecto al reconocer que todos los hijos tienen los mismos derechos.

En 48 años después del Código Civil de 1936, el Código Civil de 1984, el cual rige, mantiene la línea del matrimonio civil y del divorcio no haciendo distinción entre los hijos (habla de matrimoniales y extramatrimoniales y ambos con iguales derechos), reconociendo las uniones de hecho estableciéndole obligaciones y derechos cual si fuera un matrimonio contraído ante el funcionario designado para tal efecto.

En Perú, en el Código Civil de 1852, el matrimonio religioso era el único existente, por lo que solo este gozaba de validez, debiendo celebrarse de acuerdo a las formalidades establecidas por el Concilio de Trento, debido a que el pueblo peruano era eminentemente católico. Sin embargo, en 1987, el matrimonio canónico pierde exclusividad, ya que se establecen dos formas de matrimonio: el religioso, para los que profesaban la religión católica y el civil, para los que no lo hacían, siendo esta forma de matrimonio ratificada en 1903, lo que sirvió como base a la comisión que preparaba el Código Civil de 1936. Sin embargo, en 1930, se prohibió a la Iglesia celebrar el matrimonio religioso si los interesados no acreditaban haber contraído matrimonio civil; no obstante, el Código Civil de 1936 derogó tal disposición, pero agregó que el único matrimonio válido era el civil, sin pronunciarse si el matrimonio de urgencia celebrado ante funcionario eclesiástico producía efectos civiles, como excepción a

la regla general, a diferencia del Código Civil de 1984, en el cual rige esta regla, pero adopta el sistema civil con carácter de obligatoriedad.

2.1.2 Etimología de Matrimonio

El origen etimológico de la palabra *matrimonio* como denominación de la institución bajo ese nombre no es claro. Se suele derivar de la expresión "*matris munium*" proveniente de dos palabras del latín: la primera "*matris*", que significa "madre" y, la segunda, "*munium*", "gravamen o cuidado", viniendo a significar "cuidado de la madre", en tanto se consideraba que la madre era la que contribuía más a la formación y crianza de los hijos. Otra posible derivación provendría de "*matreum muniens*", significando la idea de defensa y protección de la madre, implicando la obligación del hombre hacia la madre de sus hijos (Calameo, 2017).

En el Derecho Romano, se utilizó el término *justa nuptiae* de donde proviene la palabra *nupcias* como sinónimo de matrimonio (Peralta, 2008), considerándose como "la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, comunidad de derecho divino y humano" (Digesto, XXIII, 2, 1) o como "la unión del hombre y de la mujer que implica identidad de

condición en la vida” (Institutas de Justiniano I, 9, 1); y Las Partidas (Ley 4ta, 2, 1) definen al matrimonio como “el ayuntamiento de marido y mujer, hecho con la intención de vivir siempre en un uno, y de no separarse, guardando lealtad cada uno de ellos al otro...” (Hinostroza, 1999, p.43).

2.1.3 Definición del Matrimonio

Modestino (en Cabanellas, 2008) definió el matrimonio romano, basado en la comunidad de condición social y de creencias religiosas, como *conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divine atque humani juris comunicatio* (unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del derecho humano y del divino). Para Bergier es la "sociedad constante de un hombre y una mujer, para tener hijos". Ahrens dice que es "la unión formada por dos personas de distinto sexo, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia". De Casso lo estima como "la unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos".

Para José Arias (1952), el matrimonio es “la unión permanente, exclusiva y lícita del hombre y la mujer”. El doctor Cornejo (1985) expresa que “por el matrimonio el hombre y la mujer, asociados en una perdurable

unidad de vida sancionada por la ley, se complementan recíprocamente cumpliendo los fines de la especie, se perpetúan al traer a la vida inmediata descendencia” (p.51)

Peralta (2008) concluye que el matrimonio es “una institución fundamental del Derecho de Familia que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común” (p. 116).

A nivel doctrinal, según Albaladejo (1982), menciona:

El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y fundar la familia. El matrimonio no es una creación del Derecho, sino una institución natural, querida por Dios y recogida por la Ley humana en cuanto a pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquella regula. Aparte de su importancia jurídica, el matrimonio tiene, y mayor, religiosa, social y política. (p. 31).

Para Yolanda Gallegos (2014), define:

El matrimonio “es el acuerdo libre de voluntades de un hombre y

una mujer, sin el cual dicho acto no se configura. En razón del matrimonio, los cónyuges se obligan a constituir una comunidad doméstica, o sea, a vivir bajo un mismo techo, y se prometen recíprocamente guardarse fidelidad y respeto” (p. 31).

Guillermo Cabanellas (2006) define:

“Una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados” (pag.29).

Vásquez de Castro (2006) señala:

El matrimonio es tradicionalmente la unión legal entre un hombre y una mujer, que adoptan una vida juntos, guiados por el amor mutuo, como marido y mujer, con el fin de la procreación; aunque actualmente en algunos países la ley permite y avala el matrimonio

homosexual, es decir, entre personas del mismo sexo. El vocablo matrimonio viene de “matrimonium”, palabra que en latín significa “madre”, lo cual expresa la importancia de la maternidad y la procreación, como fin supremo, en esta unión. La procreación no es posible en el caso de los matrimonios homosexuales, no obstante, en algunos países tienen la posibilidad de adoptar, para poder constituir una familia (pag.6).

La familia como fenómeno social, dice D´Aguanno, tiene su origen en la unión de los sexos; y como institución jurídica, en el matrimonio, que es la unión sancionada por la ley. Empero, decir que el matrimonio es la unión de los sexos sancionada por la ley”, es aludir a un hecho y a una forma, pero sin penetrar, como es forzoso configurar el concepto, en la esencia del fenómeno matrimonial, a cuya comprensión es posible llegar a través de un estudio teológico del mismo Universidad Continental(2012, p.27)

La Constitución Política del Perú, si bien no define al matrimonio, deja que la comunidad y del Estado promueve el matrimonio, reconociéndole, conjuntamente a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad. Asimismo, agrega que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

El Código Civil Peruano de 1984 define al matrimonio, en su artículo 234°, como “la unión voluntaria concertada por una varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común...”.

En ese sentido, se puede decir que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida. Esta unión no solamente goza del reconocimiento social sino que, además, se encuentra reconocida tanto constitucional y legalmente en nuestro país

De estas definiciones, se colige que el matrimonio es una unión legal, libre y voluntaria entre un hombre y una mujer, legalmente aptos, lo que generará derechos y obligaciones entre ellos para hacer vida en común, por lo que se consagra la monogamia desde la antigüedad.

Según las diferentes definiciones del matrimonio, su finalidad es la cohabitación, lo que conlleva a una plena comunidad de vida, derivándose de ello, la procreación. Esto se puede desprender en dos puntos de vista: el sociológico, donde sus diversos autores manifiestan que la finalidad del

matrimonio es la satisfacción del instinto sexual, la procreación y el mutuo auxilio entre los cónyuges; y el jurídico, donde sus autores sostienen que es la creación de la familia, el establecimiento de una plena comunidad de vida, la creación y educación de la prole y el mutuo auxilio en una plena comunidad de vida (Peralta, 2008, p. 115)

En consecuencia, el matrimonio se le puede denominar como un contrato solemne que se encuentra contemplado en la legislación peruana, el cual debe cumplir con sus requisitos establecidos en la Ley, para su validez, el cual produce efectos jurídicos entre los cónyuges para la integración del matrimonio, se requiere de un hombre y una mujer que den su consentimiento de forma libre y voluntaria, deben vivir juntos, auxiliarse mutuamente y procrear, de esta manera establecer una familia que pasará a ser la cédula fundamental de la sociedad y protegida por el Estado a través de la normativa establecida(Sañay, 2015, p.13)

2.1.4 Naturaleza Jurídica del Matrimonio

La doctrina ha establecido diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, estando las opiniones de los juristas divididas señalamos las tesis más consensuadas y son las siguientes:

A. Tesis religiosa: Amparada en el Derecho Canónico y la religión Católica, proveniente del cristianismo, a partir de la edad media, cuando se consolida la hegemonía de la Iglesia Católica, que incluye entre sus principios básicos o sacramentos a la institución del matrimonio, donde consideraron que la unión conyugal había sido instituida por Dios en esa forma, por lo que adquiere el carácter indisoluble que se acaba con la muerte de uno de los cónyuges (contrato-sacramento).

Regulado en el Código Civil Peruano de 1852 estuvo vigente como matrimonio único, celebrado de acuerdo con las formalidades del Concilio de Trento, con efectos no sólo religiosos sino también civiles, solo cabiendo la nulidad de matrimonio que tiene un trámite complejo y tedioso. Lo característico de este tipo de matrimonio está en su doble inscripción en el registro parroquial y en los registros del Estado Civil (contrato-religioso).

B. Tesis contractualista: Como reacción a la antigua costumbre de concertar los matrimonios por la sola voluntad de los parientes, especialmente de los padres, con prescindencia casi absoluta de la voluntad de los novios o esposos y como reacción también al carácter

religioso y sacramental que al matrimonio asignó la Iglesia, se produjo en los espíritus liberales del siglo XVIII la creación de la teoría del matrimonio-contrato.

A su vez, Planiol (en Hinostroza, 1999) define el matrimonio como “un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos nos pueden romper a voluntad”. Sin embargo, no está de acuerdo en ello, ya que el contrato es “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, según lo prescrito en el artículo 1351° del Código Civil; por ello, las partes podrán dejar sin efecto lo acordado por mutuo disenso o por incumplimiento e, inclusive, imponer términos o condiciones a los deberes recíprocos contraídos, con el único límite del orden público y las buenas costumbres.

Pero (Marquez et al, 2001) niega la naturaleza jurídica basada en un contrato por qué:

Se dice que el Matrimonio es un Contrato porque es un acuerdo de voluntades de los dos esposos, cuando entre cónyuges se dan derechos y obligaciones recíprocas. En tal sentido, se debe negar al Matrimonio la Naturaleza Jurídica del Contrato, pues los

Contratos fundamentalmente se refieren al aspecto patrimonial de las relaciones jurídicas, el Matrimonio en su esencia produce relaciones personales, porque genera una serie de valores intrínsecos de carácter moral y sobre todo la comunidad que hace prolongarse en el tiempo todos los valores inherentes a esa unión (p. 16).

Asimismo Peralta Andía (2008)

[...] que se perfila una concepción contractual de distintos alcances, que distingue el contrato como acto jurídico de la disciplina normativa del contrato, que puede o no estar regida por la autonomía de la voluntad. Así, se habla de un contrato de derecho familiar que no está librado a los dictados de la autonomía de la voluntad, ni que puede rescindirse o resolverse, menos estar sujeto a modalidades, porque esta disciplina viene regulada por la ley que establece los deberes y derechos irrenunciables y recíprocos de los cónyuges. Se habla por eso del matrimonio como acto de poder estatal o de un acto jurídico complejo (p.243).

Fundamentalmente. se sostiene que el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades, de tal modo que si dicho acuerdo

no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace a la vida del derecho.

De ese acuerdo de voluntades, se derivan innumerables derechos y obligaciones que, aunque la mayoría, si no todos, están determinados por la ley, esta no hace más que consignar la presunta voluntad de los contrayentes e imponer esos derechos y obligaciones.

Si el contrato no es más que el acuerdo de voluntades producto de obligaciones, no hay duda alguna de que el matrimonio reúne los caracteres esenciales de los contratos patrimoniales, aunque se diferencia de estos en algunos aspectos. El matrimonio se celebra en la misma forma que los contratos y genera efectos semejantes a ellos por lo que, no obstante la mayor importancia que se le pueda reconocer, en esencia el matrimonio no es otra cosa que un contrato. En efecto, para la celebración del matrimonio los contrayentes, tienen que reunir los requisitos esenciales que se requiere para la celebración válida de cualquier contrato, de modo que en los casos de ausencia de alguno de dichos requisitos o la presencia de vicios que interfieran la expresión libre del consentimiento, el resultado es el mismo, o sea la producción de los diferentes casos de nulidad y de anulabilidad.

El matrimonio genera también obligaciones, como las que contraen recíprocamente los cónyuges, o en beneficio de los hijos, cuyo cumplimiento, en el caso de los primeros, puede dar lugar a la disolución del matrimonio en forma semejante a la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de las obligaciones contraídas, que en el Derecho de Familia se denomina Divorcio.

Sin embargo, a pesar de la existencia de autores y doctrina que establecen al matrimonio como un contrato, debido a que se considera como requisito indispensable, la existencia del consentimiento de los contrayentes, si bien existen argumentos que demuestran que no se puede tomar como tal, debido a que:

- En el matrimonio, pueden haber dos partes, en el contrato, las partes contratantes pueden ser más.
- En el matrimonio, las partes deben ser de sexo opuesto, en los contratos patrimoniales, pueden las partes pertenecer a un mismo sexo
- El matrimonio no acepta modalidades de ninguna especie; los efectos de los contratos patrimoniales pueden modificarse por condición, plazo o modo (Mallqui y Momethiano, 2001, p.138).

- A pesar que el matrimonio exige un acuerdo de voluntades (sin consentimiento no es dable), este acuerdo genera, más que relaciones de orden patrimonial, relaciones tic carácter personal, de naturaleza ética, moral y espiritual, que no pueden valorarse en dinero ni en forma directa ni de manera indirecta (Hinostroza, 1999, p.45).
- La materia u objeto del matrimonio es ajena también al contrato, ya que no puede ser objeto de convención contractual relaciones personales y familiares tan íntimas y especiales como los cuerpos de los cónyuges y su mutua entrega, que constituyen, respectivamente, la materia remota y próxima del matrimonio.
- Todas las normas de los contratos y, entre ellas, las que corresponden a la rescisión, resolución o revocación, son inaplicables al matrimonio (Peralta., 2008; p. 117).

Esta tesis, en la legislación peruana, se sustenta porque el matrimonio tiene elementos como el acto jurídico contractual que señala el artículo 1351 y 140 del Código Civil, por lo que se le considera un contrato al unir las voluntades de dos parte, varón y mujer para entablar un relación jurídica patrimonial llamada sociedad de gananciales o en el caso de separación de bienes, los derechos sucesorios que se generan a partir de las nupcias. Esta teoría no es

aceptada porque existen muchas condiciones legales que los contrayentes no pueden dejar de estar sujetos mediante la declaración de voluntad, porque el matrimonio no es un simple contrato sino que encuentra muchas precisiones legales imperativas.

C. Tesis institucionalista: Debe reconocerse que el acto jurídico matrimonial no es un contrato, sino un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento de los contrayentes (*afectio maritalis*), de acuerdo con las disposiciones legales a la que deben someterse los contrayentes. La institución del matrimonio no es más que la unión natural disciplinada y consagrada en el estado social como unión legítima, pero consagrada y disciplinada por vía de autoridad, no por vía de contrato.

La estructura del acto de la celebración del matrimonio muestra un nexo concurrente del consentimiento, la ley y la actuación constitutiva del funcionario de los Registros de Estado Civil. Se trata de una situación jurídica cuyas reglas están fijadas anticipadamente por el legislador, independientemente de la voluntad de los contrayentes.

Este conjunto de normas están impuestas por el Estado, a las cuales, los contrayentes no tienen más que adherirse; pero una vez expresada esa

adhesión, la autonomía de la voluntad resulta impotente para retractarse, porque los efectos del matrimonio se producen automáticamente.

Es decir, los contrayentes no están en la posibilidad de determinar los resultados o fines que se deriven del matrimonio, ya que son determinados por la ley y el funcionario se encarga de exigir su cumplimiento, además de no poder modificarlos por ser de orden público. Asimismo, los efectos que se producen a partir del matrimonio, no solo abarca a los cónyuges, sino también a los hijos matrimoniales, quienes quedan protegidos por el estado matrimonial de sus progenitores, el cual genera un conjunto de normas que fijan las obligaciones y derechos de los contrayentes, tanto en sus relaciones internas como externas, elevando el rango del matrimonio.

De lo anteriormente expuesto por esta teoría, se deduce que “el matrimonio es una institución cuando se contemplan como un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico, que en este caso sería el Estado de casado y que persigue la finalidad de interés público” (Montero, 2014, p. 76)

Basadas desde la Teoría Institucionalista, el matrimonio no puede equipararse a un contrato, sino que es elevado a la categoría de una institución social y jurídica, que por tratarse de la familia, el Estado protege y regula de manera especial mediante un conjunto orgánico e indivisible de normas, que determinan los requisitos que deben reunir los que quieran celebrarlo y sobre todo, el régimen legal al que tienen que someterse durante el desenvolvimiento o la vigencia de la sociedad conyugal.

Según el citado régimen legal, los pretendientes son enteramente libres para otorgar su consentimiento y adhesión a dichas normas, pero una vez celebrado el matrimonio y constituida la familia, la voluntad de los contrayentes resulta impotente e incapaz para variar, modificar o concluir la relación matrimonial *ad libitum*, ni aún en el supuesto que haya coincidencia plena de las voluntades de ambas partes, porque las normas que regulan el funcionamiento de la Institución tienen la fuerza o el carácter de orden público.

Ling (s.f.) Señala:

[El] que el matrimonio civil no puede compararse a un contrato civil, porque si bien el matrimonio implica el libre consentimiento, los casados están obligados a cumplir con todo lo que la ley señala para

los contrayentes (obligados a cumplir alimentos, patria potestad de los hijos, adoptar el régimen de bienes que le ofrece la ley, separarse por causales legales, etc.). Por lo que no hay libre autonomía de la voluntad, ya que la voluntad se encuentra limitada por la ley quien determina los deberes y derechos que necesariamente amparan a los contrayentes, por ese motivo al contraer nupcias son adheridos a un "estado legal" o institución (algunos lo llaman también categoría jurídica).

En consecuencia, según este criterio el matrimonio, como estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo, y al cual las partes no tienen más que adherirse. (Marroquin, 2006, p.22)

[...] Se requiere expresar con este nombre que el matrimonio se gobierna por un conjunto orgánico e indivisible de normas que determinan las condiciones y requisitos, los deberes y derechos, las relaciones internas y exteriores de la sociedad conyugal, a las cuales deben someterse llanamente quienes deseen casarse. Los pretendientes son enteramente libres para consentir en el matrimonio y otorgar su adhesión a dichas normas, pero una vez

celebrado el casamiento, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente. La relación matrimonial no podrá, desde entonces, ser variada, interrumpida o concluida ad libitum, ni aun en supuesto de que coincidan plenamente las voluntades de ambas partes; y ello diferencia irreductible y básicamente el matrimonio de los contratos Universidad Continental (2012, p.27.)

D. Tesis Ecléctica como Contrato – Institución: Esta teoría sostiene que el matrimonio no deja de ser al mismo tiempo un contrato y una institución, esto es, que une el elemento volitivo y el elemento institucional tornando el casamiento en un acto complejo o mixto Peralta (2008, p.118)

Corroborar con esta posición Mallqui Reynoso (2001), quien manifiesta que el matrimonio es un contrato por la importancia preponderante que se da al consentimiento inicial, la aplicabilidad, a lo menos parcial de la teoría de los vicios del consentimiento, las circunstancias de que no todas las nulidades son absolutas y el hecho medular en todo contrato de existir una convención dirigida a crear obligaciones; y es una institución, porque es obra del Estado al mismo tiempo que de la voluntad individual, pues los funcionarios del Registro

Civil no autentican la expresión volitiva de las partes, sino que celebran el matrimonio; que la teoría de la invalidez del matrimonio se aparta de los contratos en general; que en la casi totalidad de las legislaciones no pueden las partes modificar los efectos del matrimonio ni, en muchas de otras legislaciones, pueden ponerle fin por el mutuo disenso y que se apliquen inmediatamente las leyes a los matrimonios ya realizados, mientras que los efectos de los contratos, concluidos antes de regir determinada ley son respetadas en principio.

Además, de lo analizado se expresan que las dos concepciones no son incompatibles y que cada una de ellas contiene elementos de verdad, así el matrimonio tiene doble sentido, pues, designa a la vez el acto creador de la unión conyugal y el estado matrimonial establecido por ese acto. En ese sentido, todos concluyen que el acto creador vendría a ser el contrato y, el estado matrimonial, la institución.

Sin embargo, concuerdo con Peralta (2008), al considerar que el matrimonio es una institución, como naturaleza jurídica, a pesar de ser un acuerdo de voluntades, es de orden público, con efectos, condiciones y nulidades establecidos por la ley, lo cuales los contrayentes no pueden evitar y solo les queda adherirse, además de ser la base fundamental de

la familia.

Finalmente, ha surgido un criterio ecléctico o mixto, que refiriéndose a las dos últimas teorías, el matrimonio como contrato y la que sostiene que es una institución, alegan que no son inconciliables, porque cada una contiene elementos de verdad, que puede coordinarse y complementarse en una teoría única. Se explica esta teoría si, de acuerdo con Cornejo Chávez, se desdobra el matrimonio en dos partes o fases, que hasta podrían ser sucesivas, esto es, el matrimonio como acto (jurídico) y el matrimonio como estado. Nada, se opone a que el matrimonio en su primera parte, como acto jurídico, se forme o desarrolle con todos los requisitos y caracteres de los contratos, desde el consentimiento inicial, libre de vicios de la voluntad, hasta el efecto medular de todo contrato, de contener una relación dirigida a generar obligaciones. En tanto el matrimonio como estado se refiere a la situación permanente que queda como consecuencia de la celebración del matrimonio como acto jurídico, que se manifiesta en la constitución de la familia, que para su mejor protección si puede ser organizada como una institución especial, cuyas reglas son de orden público. Hay conformidad en afirmar que el legislador peruano, en los tres Códigos Civiles que ha tenido el Perú, el de 1852, 1936 y el vigente de 1984, ha seguido el criterio de conjuncionar las

concepciones contractualista e institucionalista del matrimonio, afiliándose a la teoría mixta o ecléctica.

En este país, “aun cuando el Código Civil no lo señale de manera expresa, queda meridianamente claro que esta última es la teoría que ha adoptado. En efecto, el carácter voluntario, consensual y bilateral del matrimonio en nuestro Código permite advertir la presencia de la corriente contractualista. La legalidad y la finalidad de hacer vida en común, por su parte, informan de la corriente institucionalista que nutre a esta institución”.
Gutierrez Y Rebaza, (2010. p. 27.)

2.1.5 Características Del Matrimonio

El texto universitario de la Universidad Continental (2012) define al El matrimonio como una institución que se caracteriza por lo siguiente:

a) **Es de orden público:** La regla general es que la legislación matrimonial que se encuentra inmersa dentro del Derecho de Familia no puede ser modificada ni mucho menos dejada sin efecto por los particulares; es decir, los contrayentes o los cónyuges no pueden hacer sino observar las normas v referidas al matrimonio, las cuales son de orden

público: fundamentales para la organización social y de estricto cumplimiento.

b) **Es una unión exclusiva:** De allí se deriva el deber de fidelidad, ya que cada cónyuge debe respeto y consideración al otro. No se admite que los casados pueden mantener relaciones afectivas –de carácter sexual- con persona distinta a su respectivo consorte. Hacerlo implicaría cometer adulterio, que constituye causal de divorcio. Además, esta característica de exclusividad del matrimonio no permite un matrimonio doble –simultáneo-, o sea, descarta la bigamia; es el matrimonio uno solo y exclusivo (sistema matrimonial monogámico).

c) **Es una unión permanente:** Tiene carácter de permanencia, de estabilidad (a diferencia de otras clases de uniones como el concubinato, que son lo general inestables, variables). Salvo los casos de divorcio, se podría decir que el matrimonio es a perpetuidad (“hasta que la muerte los separe”, como se expresa en el matrimonio religioso).

d) **Representa una comunidad de vida:** Por cuanto los cónyuges hace vida en común para amarse procrear sus hijos, educarlos, formarlos, apoyarse, respetarse, comprenderse, etc.; no solamente implica el hecho de la cohabitación sino mucho más

2.1.6 Fines del Matrimonio

Los fines normales del matrimonio son la satisfacción de necesidades espirituales que implican sentimientos de amor, respeto y compañía mutuos, y asistencia común entre los cónyuges; además de necesidades naturales (pero de innegable contenido afectivo) como son la procreación de los hijos, de la que derivan su educación y formación.

Se dicen que son fines normales, porque no siempre se dan en todo matrimonio, como en los casos de matrimonios de urgencia (o in articulo mortis) o entre personas de avanzada edad, en donde estaría ausente la procreación de los hijos.

Desde un punto de vista sociológico, el matrimonio persigue la satisfacción del instinto sexual; el bienestar de los hijos; y el mutuo auxilio entre el marido y la mujer. Jurídicamente, se toma en consideración los

fines expresados en el párrafo anterior, pero, básicamente, desde este ángulo se tiene como finalidad del matrimonio la sexualidad entre los cónyuges (debidamente regulada) y la ayuda mutua entre ellos mediante una plena comunidad de vida. Por ello, cuando se afirma que la razón de ser del matrimonio es la formación de la familia, no se está aludiendo sino a la unión sexual legalmente reconocida, ya que la procreación de los hijos hace nacer una serie de deberes y obligaciones recíprocas entre los padres.

En esta tesis se cree creemos que los fines del matrimonio son justamente: a) el reconocimiento legal de la unión sexual que tiende a la procreación de los hijos (de donde derivan deberes de educación y formación plena de éstos); b) sentar la base de la organización familiar (al ser el matrimonio su fuente más importante); y c) la ayuda mutua entre los cónyuges producto de la vida en común (Calameo, 2017).

El artículo 234° del Código Civil establece claramente cuál es la finalidad de esta institución familiar, pues señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del mismo Código, a fin de hacer vida común.

Entonces, la finalidad del matrimonio sería hacer vida común, una vida, sería la finalidad preeminente del matrimonio, pues nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la posibilidad de contraer matrimonio con otros fines, por lo que “cualquier propósito de la unión conyugal (procreación, economía, afección, cultura, aspectos sociales, etc.) queda necesariamente subsumido dentro de la finalidad de hacer vida en común” (Gutierrez Y Rebaza, 2010 P. 28).

Asimismo, a nivel doctrinal encontramos opiniones que comparten la posición de nuestro Código Civil. Así, Méndez Costa (1982). Señala que el matrimonio viene a ser la unión solemne de un hombre y una mujer tendiente a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho. (p.82).

Similarmente Enneccerus (1979) nos dice que el matrimonio es "la unión de un hombre y una mujer reconocida por la ley, investida de ciertas consideraciones jurídicas y dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida" (p. 89).

Yolanda Gallegos (2014) señala:

Que la finalidad del matrimonio es “a) El reconocimiento legal de la unión sexual dirigida a la procreación de los hijos, de la que surgen importantes deberes de asistencia y formación de los hijos. b) Sentar la base de la organización familiar, de la cual el matrimonio es su principal fuente. C) La ayuda mutua entre los cónyuges propia de hacer vida en común” (p.41)

Está claro que la finalidad del matrimonio es hacer vida común entre marido y mujer, por lo que, como señalan Gutiérrez y Rebaza (2005), “el objetivo de hacer vida en común se orienta al deber de cooperación y asistencia de los cónyuges, así como a la conformación de una familia. La finalidad del matrimonio no es solo gozar de la vida conyugal, sino formar una alianza para soportar mejor los contratiempos de la vida” (p. 19).

Esta comunidad de vida implica compartir entre los cónyuges, tanto lo bueno y lo malo, el considerarse como identificados uno al otro sin intereses contrapuestos, la preocupación del uno por el otro, la asistencia recíproca, etc. Todo ello hace que estos cónyuges al compartir el lecho y la mesa se sientan como una sola persona, donde no existe lo tuyo ni lo mío, sino lo de los dos. Esta comunidad significa convivencia con la

aceptación de las reglas que impone la institución del matrimonio y conduce a un fin: la fidelidad de los cónyuges.

2.1.7 Requisitos del Matrimonio

El matrimonio, como cualquier otro acto jurídico, debe llevar ciertas formalidades de ley para todos los actos, pero, por su naturaleza propia, el matrimonio exige ciertas condiciones específicas para su celebración.

La doctrina menciona dos clases de requisitos:

A. Requisitos de fondo

Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido, son considerados como insustituibles. Son aquellos sin los cuales no se puede realizar el matrimonio, establecidos en el artículo 234^o del C.C., estos son:

- Sexos opuestos;
- Mayoría de edad;
- Consentimiento expreso de ambos.

➤ **Diferencia de sexos:** Tiene por finalidad posibilitar la procreación humana, sin que sea indispensable, pero la ley exige que la unión sea de un varón y de una mujer, en estricta consideración al principio monogámico que adopta nuestro sistema y por los fundamentadas razones morales, sociales y religiosas del matrimonio (Peralta, 2008, p. 125). La diferencia de sexo es la esencia del matrimonio, y el Derecho positivo se ha encargado de perfeccionar y reglamentar el acuerdo a su naturaleza.

Siendo uno de los fines del matrimonio la procreación de los hijos, es que para la celebración válida del matrimonio se exige que los futuros contrayentes sean personas de distinto sexo, requisito que está plenamente justificado, aceptar lo contrario, es decir, que se realice entre personas del mismo sexo, sería desnaturalizar uno de los fines del matrimonio que es perpetuar la especie, aunque mi apreciación con la forma de vida actual cada vez dicho precepto está cambiando

➤ **Edad Mínima:** Para la celebración de un matrimonio válido y lícito (*ius connubi*) se exige haber alcanzado la pubertad legal (18 años), lo que implica haber alcanzado una triple aptitud: física (capacidad genésica de las personas), psicológica (aptitud para entender la trascendencia social

que tiene el matrimonio) y económica (capacidad pecuniaria) Peralta (2008, p. 125).

Sin embargo, Portalis (Mallqui, 2001) quien manifiesta que “es impolítico el permitir a seres apenas salidos de la esterilidad de la infancia, que perpetúen en generaciones imperfectas su propia debilidad. Además, menciona a OLIVEIRA, quien indicaba que de los matrimonios prematuros nacen seres raquíuticos que aumentan la cifra de la mortalidad infantil, poniendo en peligro la salud aun la vida de la madre. Asimismo, hace conocer que en el seno de la Comisión Reorganizadora del Código Civil, OLIVEIRA manifestó: “los matrimonios prematuros, constituyen la fuente más copiosa de los juicios de divorcio como quiera que son generalmente el fruto de la inexperiencia, cuando no de la imposición paterna o de la coacción moral, ejercida por extraños”.

La ley exige que para casarse en lo que se refiere a la edad mínima legal, hay que ser mayor de edad, de modo tal que en el Perú se exige desde el año 1978, según DL 21994 tener 18 años cumplidos para adquirir la capacidad civil o der ejercicio, por tanto poder ejercer todos sus derechos civiles entre ellos el matrimonio. Así lo prescribe también el Art 42 del C.C. vigente y únicamente sólo se permite el matrimonio de los

impúberes o menores de edad por motivos graves como es el estado de gestación de la menor y siempre cuando el varón o la mujer tengo 16 años cumplidos. (Art 241, inc.1)

➤ **Consentimiento Matrimonial:** El consentimiento es la causa eficiente del vínculo matrimonial que presupone la capacidad de los contrayentes que deben expresarlo en forma escrita en la declaración del proyecto matrimonial. Este consentimiento matrimonial debe ser libre y pleno, lo primero implica ausencia de vicios de voluntad y lo segundo atañe a la prohibición de imponer modalidades o a la exclusión de los efectos del matrimonio (Peralta, 2008, p. 126).

Es un elemento esencial en todo acto jurídico y de todo contrato, y que no puede faltar con mayor razón en el matrimonio. No se concibe matrimonio sin la libre expresión y espontanea voluntad de los contrayentes, debiendo por tanto esta voluntad está más extensa, por lo que la ausencia o falta de consentimiento la invalida

B. Requisitos de forma:

Es la formalidad que se requiere para celebrar un matrimonio, como:

- Declaración de proyecto matrimonial.
- Publicación de los edictos matrimoniales.
- Declaración de capacidad de los contrayentes.
- Ceremonia matrimonial.

i. Declaración de proyecto matrimonial

La hacen los novios cuando se apersonan al registro civil de la localidad de la jurisdicción donde estos viven, manifestando al jefe del registro que desean contraer matrimonio, entre los documentos que deben llevar se encuentran:

- Partida de nacimiento.
- Copia de DNI.
- Certificado de domicilio.
- Certificado médico pre-nupcial (dura 30 días).
- Copia autenticada de la sentencia que declara el divorcio (si alguno es divorciado).
- Copia autenticada de la partida de defunción del ex cónyuge (si fuera viudo)
- Certificado consular de soltería o viudez (si fuera extranjero).

Este acto puede realizarse verbalmente ante el alcalde o jefe del registro de estado civil, quien será el encargado de brindarle validez al mismo.

ii.Publicación de los edictos

Se realizan solo una vez por el diario de mayor circulación del lugar de domicilio, este acto se realiza para dar a conocer a la población del proyecto matrimonial, para que, de ser el caso se pueden oponer o presentar algún motivo por el cual esta pareja no pueda contraer matrimonio.

En aquellos lugares donde no haya periódicos, estos edictos se deben publicar en el lugar más visible del lugar por 8 días consecutivos. Si la pareja es de dos jurisdicciones distintas, la publicación se hace en los dos lugares

Oposiciones al matrimonio

El Ministerio Público y la fiscalía pueden oponerse al matrimonio, si el caso es muy notorio, pero dentro de los 10 días siguientes debe de formalizar denuncia. Solo serán resarcibles los daños y perjuicios si se

demuestra que el Ministerio Público actuó de mala fe. Asimismo, pueden oponerse al matrimonio.

iii. Declaración de capacidad de los contrayentes

Una vez hecha las publicaciones de los edictos matrimoniales y que nadie haya presentado oposición alguna, el alcalde procede a declarar aptos y hábiles a los contrayentes para celebrar el matrimonio. Asimismo, si hubiera existido oposición o denuncia contra alguno de los futuros cónyuges y esta hubiese sido declarada infundada, el juez procederá a declarar aptos a los contrayentes.

- **La ceremonia de matrimonio**

Se realiza cuando los novios se presentan al registro de la oficina civil de la municipalidad a la que pertenecen; no solo deben acudir los novios, también deben asistir los testigos (dos por cada novio), pero nada impide a los invitados a ser testigos.

Durante la ceremonia, el alcalde lee los artículos del Código Civil referidos al matrimonio, para luego preguntar que si a pesar de todo desean casarse, si los novios aceptan, se da por concluida la ceremonia estando ya casados.

2.1.8 Celebración del Matrimonio

Es conocido que el matrimonio es una institución de gran interés social y sujeto a una formalidad “*ad solemnitatem*”; por ello, para su validez y eficacia, está sometido al cumplimiento de una determinada forma preestablecida por el ordenamiento jurídico, por lo que no puede quedar al arbitrio de los contrayentes.

La celebración del matrimonio estuvo rodeada desde la más remota antigüedad de solemnidades exigidas por la ley o impuestas por la costumbre. Los requisitos para la celebración del matrimonio civil se inspiran en el Derecho Canónico, teniendo como fuente las costumbres y formalidades que el matrimonio religioso obliga a cumplir. En la actualidad, reviste un carácter eminentemente formal en la mayoría de las legislaciones del mundo, aunque con tendencia a su modificación. Entonces, dada la importancia social del matrimonio, su celebración exige no sólo del cumplimiento de requisitos esenciales sino también de la estricta observancia de las formalidades establecidas por ley.

La relevancia de las formas está sustentada en las razones siguientes:

a) Impide los peligros de un consentimiento prestado en un momento de

ligereza y exaltación,

b) Obliga a reflexionar sobre la trascendencia del acto que se va a realizar y despierta la conciencia de las obligaciones y responsabilidades que entraña,

c) El formalismo contribuye poderosamente a la vitalidad y estabilidad de las instituciones (Peralta, 2008, p. 193).

En ese sentido, dicha formalidad está relacionada con el principio de promoción del matrimonio, lo cual implica fomentar y facilitar la celebración del matrimonio, propiciando la conservación del vínculo si este fuera celebrado con algún vicio, siendo susceptible de convalidación.

Como bien lo manifiesta la Carta Magna, el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciendo esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la ley, lo que se encuentra reflejado en los artículos 249, 252, 274 y 277 del Código Civil.

Por ende, la celebración del matrimonio constituye un procedimiento de naturaleza administrativa, en el que la autoridad competente garantiza el control de la legalidad en la concurrencia de los elementos estructurales

como acto jurídico administrativo. Nuestro Código Civil, en primera instancia, norma la denominada celebración ordinaria del matrimonio que representa el modo regular de formalizar este acto familiar, mientras que, adicionalmente, existen situaciones extraordinarias en las que se pueden encontrar los contrayentes, las cuales modifican y simplifican el trámite ordinario.

El trámite que establece el Código Civil, para la celebración del matrimonio, comprende cuatro momentos:

- A. La Declaración Del Proyecto Matrimonial Y La Comprobación De La Capacidad Legal De Los Pretendientes;
- B. La Publicación Del Proyecto;
- C. La Declaración De Capacidad; Y
- D. La Ceremonia Del Casamiento.

- A. La Declaración Del Proyecto Matrimonial Ante La Autoridad Competente Y Comprobación De La Capacidad De Los Contrayentes (Arts. 248 Y 249 Del Código Civil)**

Es el primer momento del trámite matrimonial que se verifica en las oficinas de la alcaldía o del registro de estado civil, consistente en la

presentación de una solicitud o del expediente matrimonial en el que los pretendientes manifiestan expresa e indubitablemente su propósito de contraer matrimonio, acreditando a la vez, su aptitud legal para realizarlo y presentando los documentos exigidos (Peralta, 2008, p. 194).

➤ **Funcionario Competente:** Según lo prescrito en el artículo 248, los que pretendan contraer matrimonio lo declararán al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos; sin embargo admite excepciones: (i) En las capitales de provincia donde el registro del estado civil estuviere a cargo de funcionarios especiales, el jefe de aquél ejerce las atribuciones conferidas a los alcaldes por este título, según el artículo 263 de nuestro Código. (ii) Según el artículo 262, el matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse también en las comunidades campesinas y nativas ante un comité especial presidido por el directivo de mayor jerarquía e integrado por otro y por la autoridad educativa.

➤ **Forma de la Declaración:** La declaración puede ser hecha oralmente o por escrito y manifestar claramente, y sin lugar a dudas, la voluntad de contraer matrimonio. Cuando la declaración es hecha oralmente, se extiende un acta que firman el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos. Por

lo general, se estila hacer la declaración oral, que no es otra cosa que dar el sí. Asimismo, conjuntamente con tal declaración de los contrayentes, a estos se les exige en esta primera etapa, la presentación de documentos y testigos (Varsi, 2011, p. 141).

Por otro lado, si la declaración es por escrito, deberá presentarse una solicitud con la que se inicia el trámite matrimonial.

➤ **Documentos Exigibles:** Según Varsi (2011), lo documentos a presentar se pueden dividir en generales y especiales, en conformidad con el artículo 248 del Código sustantivo:

➤ **Documentos generales:** Todo pretendiente debe acompañar a un declaración del proyecto matrimonial tres documentos:

- Copia certificada de la partida de nacimiento expedida por el respectivo Registro del Estado Civil.

- Prueba del domicilio actual expedida por la autoridad policial correspondiente.

- Certificado médico prenupcial expedido en fecha no anterior a treinta días o la declaración jurada que acredite no adolecer de

enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, ni vicio que constituya peligro para la prole.

- La declaración jurada de no tener este impedimento es admisible, si en el lugar de donde procede no hubiera servicio médico oficial y gratuito.

➤ **Documentos especiales:** La ley determina la obligación de presentar otros documentos cuando los pretendientes o uno de ellos se encuentren en situaciones especiales, como:

- **Cuando los contrayentes sean menores de edad:** Es necesario el instrumento público en el que conste la autorización para contraer matrimonio o la licencia judicial que la supla. En efecto, los menores de edad para contraer matrimonio requieren de la autorización de sus padres, según lo establecido en el artículo 244 de nuestro Código.
- **Cuando los contrayentes sean parientes o impúberes:** Es necesario el instrumento que acredite la dispensa judicial de parentesco de consanguinidad colateral en el tercer grado o de impubertad en su caso.
- **Cuando la contrayente sea divorciada o viuda:** En el caso de mujeres viudas o divorciadas, o cuyo matrimonio haya sido invalidado, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de

la muerte de su marido, salvo que diere a luz, se requiere el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no se encuentran embarazadas o, en defecto de este documento, la declaración jurada de la contrayente si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito.

- Otro aspecto de este requisito es el relativo al plazo máximo de treinta (30) días de antigüedad del referido certificado médico cuyo cómputo no se precisa; no se especifica si son treinta (30) días anteriores a la apertura del expediente, a la culminación de este cuando queda completo, o a la celebración de la ceremonia de matrimonio civil.
 - **Cuando uno de los contrayentes sea divorciado o viudo:** Se requiere la sentencia de nulidad de matrimonio, la de divorcio o la copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior, en sus respectivos casos. La práctica ha llevado a que se solicite copia certificada de la partida de matrimonio con la anotación marginal de la disolución del vínculo matrimonial y copia certificada de la sentencia de divorcio.
- **Dispensa de la presentación de algunos documentos:** El artículo 249 de la norma sustantiva considera que en los casos que los

documentos nombrados anteriormente (generales o especiales) sean de difícil o imposible adquisición, se podrá dispensar al contrayente de la presentación de los mismos. Según Cornejo (1985), la ley no quiere que en tales supuestos el matrimonio sea irrealizable, pues considera con razón que la falta de esos documentos no puede ser atribuida *a priori* al propósito de ocultar u oscurecer la identidad y la capacidad del interesado (pág., 161).

Según la Sexta Disposición Final del Decreto Legislativo N° 768, la pretensión relativa a la dispensa de la obligación de los pretendientes de presentar algunos documentos de muy difícil o de imposible obtención se tramita en la vía de Proceso No Contencioso. Esta disposición ha sido acogida en el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, autorizado por la Resolución Ministerial N° 010-93-JUS del 08 de enero de 1993.

➤ **-Testigos:**

Holgado Valer (Peralta Andia, 2008) cita a quien manifiesta que:

La información de los testigos... tiene por objeto esencial: acreditar la identidad personal de los pretendientes, la capacidad matrimonial de los mismos y la falta de impedimentos legales”, y a Gerardo Trejos, quien dice “dos testigos idóneos que declaren, bajo

juramento, sobre la identidad de estado y la aptitud legal para celebrar el matrimonio (p, 197)

Este requisito está establecido en el artículo 248 de nuestro Código Civil, el cual indica que, además de la presentación de los documentos requeridos, los pretendientes deben facilitar dos personas mayores de edad en calidad de testigos a fin que manifiesten conocerlos por lo menos tres años antes y que aleguen acerca de la existencia o no de algún impedimento, donde los testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

El artículo 8 del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC prescribe que deben ser vecinos del lugar y deben tener habilidad con la que deben actuar los testigos, debiendo tener capacidad de ejercicio.

Además, si uno de los pretendientes se va a casar en el domicilio del otro es probable que no tenga en el lugar personas que lo conozcan y menos desde hace tres años y que, en cambio, las tengan en el lugar de su propio domicilio; entonces, debe entenderse que no hay inconveniente en ofrecer el testimonio de personas que no residan en el lugar del matrimonio (Varsi, 2011, p.145).

Cuando alguno de los testigos está impedido de firmar, deberá expresarse este hecho en el acta, con determinación de la causa, sin que sea necesario que otra persona firme en lugar de aquel. Los testigos pueden actuar mediante apoderado. El poder requerido es el notarial fuera de registro o el otorgado ante el Juez de Paz, firmado por el mandatario y el alcalde, debiendo ser mencionado en el acta y archivado. En cualquier caso, los testigos deben identificarse para poder intervenir en la formalización del acta con cualquiera de los instrumentos (Cornejo, 1985, p.162).

B. La Publicación Del Proyecto (Arts. 250 - 257 Del Código Civil):

La obligación de publicar el aviso matrimonial tiene su origen en el Derecho Canónico, con motivo de buscar una solución al problema de la existencia de matrimonios clandestinos (Muro y Echeandia, 2003, p.96).

El propósito del aviso matrimonial es dar posibilidad a que terceros dejen constancia, vía oposición o denuncia, de la existencia de algún impedimento atribuible a los pretendientes para contraer matrimonio.

El artículo 250 establece que el alcalde anunciará el matrimonio proyectado por medio de un aviso escrito que se fijará en la oficina de la Municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por periódico; en la circunscripción que no exista periódico, el aviso se efectuará a través de la emisora radial de la respectiva localidad que elijan contrayentes. Asimismo, dicho artículo prescribe que se consignará el nombre, nacionalidad, edad, profesión, ocupación u oficio, domicilio de los contrayentes, el lugar donde será celebrado el matrimonio y la advertencia de que todo el que conozca algún impedimento debe denunciarlo. Además, el artículo 251 señala que cuando los pretendientes tuvieran domicilios distintos, se oficiará al alcalde que corresponda para que ordene también la publicación en su jurisdicción.

Cabe precisar que en caso de que el alcalde o funcionario a quien corresponda efectuar la comunicación oficial no cumpliera con hacerla, el matrimonio que se celebre será válido, pues esta omisión no es causal de invalidez. Esto en caso no exista ninguna otra causal para invocar la invalidez. En el supuesto planteado, el funcionario habrá incurrido en responsabilidad administrativa siendo merecedor de la correspondiente sanción (Echeandia, 2003, p. 100).

Sin embargo, a pesar de lo dispuesto en los artículos 250 y 251 de nuestro Código Sustantivo y siendo la publicidad un requisito formal de carácter obligatorio, el artículo 252 del mismo cuerpo normativo permite la posibilidad de la dispensa de la publicidad matrimonial cuando existan causas razonables y los contrayentes hayan presentado los documentos exigidos por el artículo 248

a) **Oposición:** La oposición es un acto en virtud de la cual una persona, que tiene interés legítimo y actual, pone en conocimiento del alcalde o funcionario competente, de la existencia de un impedimento que obstaculiza la realización del matrimonio ya anunciado. Este impedimento podría ocasionar la invalidez del matrimonio o ser uno meramente prohibitivo (Peralta, 2008, p. 199)

La oposición tiene como fundamento el interés general de la sociedad de proteger a la institución jurídica, del matrimonio, así como la búsqueda de seguridad jurídica evitando la celebración de matrimonios afectados por impedimentos que pueden dar lugar a la nulidad del acto (Muro y Echeandía, 2003, p. 107).

Según los artículos 253 y 254 de nuestro cuerpo normativo, pueden oponerse lo que tengan legítimo interés en impedir el matrimonio, o el Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones, respectivamente. El legítimo interés para impedir el matrimonio debe entenderse que es el privado, pudiendo ser, económico o moral, con la restricción de que el interés moral se trata cuando se refiere directamente al agente o a su familia. Asimismo, el Ministerio Público se opondrá de oficio a la celebración del matrimonio, en caso de que tenga noticias de la existencia de alguna causal de nulidad. Para este efecto, debe filtrar adecuadamente la información, los datos y las pruebas obtenidas para solicitar la oposición, con la finalidad de no entorpecer el acto del matrimonio por hechos o sucesos que no se ajusten a la realidad (Varsi, 2011, p. 149).

Su presentación se hace mediante escrito ante el Alcalde o Jefe del Registro encargado de la publicación de los avisos, dentro de los ocho días fijados para lo mismo.

El alcalde o funcionario competente rechazará la oposición cuando no se funde en una causa legal, sin admitirse recurso alguno, tratándose de un proceso administrativo.

Cuando la oposición se funda en causa legal, la pone en conocimiento de los contrayentes, y si estos niegan su existencia, el alcalde o funcionario encargado remitirá todo lo actuado al Juez del lugar donde se haya recibido la declaración, tratándose de un procedimiento judicial. Si el fallo declara fundada la oposición, los pretendientes pueden interponer contra él los recursos de apelación y, en su caso, de nulidad; sin embargo, contra la resolución que desecha la oposición planteada, hay recurso de apelación, según lo prescrito en el artículo 256 de la norma Sustantiva.

Sin embargo, según el artículo 257 de nuestro Código Civil, si se trata de una oposición injustificada y maliciosa (inexacta y dolosa), declarándose infundada la oposición, el Juez condenará al opositor al pago de una indemnización por daños y perjuicios, la cual será valorizada teniendo en cuenta el daño moral; además, esta indemnización procede no solamente a favor de ambos pretendientes y no solo del que fue señalado por el que planteó la oposición, ya que ambos fueron perjudicados con la postergación injustificada de su matrimonio

No obstante, el mencionado artículo menciona que los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad. En el caso de los ascendientes, se presume que su oposición es siempre de

buena fe e inspirada en la felicidad del propio descendiente; por lo que, aunque su interés sea errado, no es bastante para condenar al ascendiente al pago de daños y perjuicios; mientras que, cuando se trata del Ministerio Público, se debe tener en claro que siempre está exento de responsabilidad, porque no obra en nombre de un interés personal, sino en defensa de la sociedad, por lo que la mala fe no se presume en él aunque su oposición haya sido desechada.

b) Denuncia

El artículo 255 preceptúa que cualquier persona que conozca de la existencia de un impedimento, que constituya causa de nulidad, puede denunciarlo.

La denuncia puede hacerse oralmente o por escrito y se remitirá al Ministerio Público, el cual si la halla fundada, formulará oposición. Puede ser formulada por toda persona que tenga conocimiento de la existencia de un impedimento que tenga causal de nulidad, aunque carezca de interés legítimo, ya que toda la sociedad tiene responsabilidad moral (Peralta, 2008, p.201)

Es más, si la denuncia hubiera sido maliciosa o de mala fe (excepto si es de buena fe), es igualmente responsable la persona que la formula. El juez, está facultado también para fijar prudencialmente la indemnización teniendo en cuenta el daño moral irrogado a los pretendientes; pero, como generalmente la denuncia reviste el carácter de simple dato informativo, dependerá básicamente de la función que cumpla el Ministerio Público.

Si el Ministerio Público no encuentra la base para la denuncia, se abstendrá de formular la correspondiente oposición; pero, si la halla, no sólo que debe oponerse al matrimonio, sino también la obligación de hacerse parte en el trámite correspondiente, ofreciendo las pruebas que estime conveniente. El plazo para interponer la demanda de oposición, conforme al artículo 256 del Código Civil, es de diez días, contados desde publicado el aviso previsto en el artículo 250 o de la formulada la denuncia citado en el artículo anterior. Vencido los plazos, sin que se haya interpuesto la demanda, se archivará definitivamente lo actuado.

➤ Diferencia entre Oposición y Denuncia

La oposición se formula directamente ante el alcalde, puede ser formulada por todos los que tengan interés legítimo cuando exista algún impedimento y el opositor es parte en el proceso

La denuncia se formula ante el Ministerio Público para que luego de una evaluación formule la oposición, puede ser planteada por cualquier persona que conozca la existencia de un impedimento que constituye alguna causal de nulidad y el denunciante no es parte en el proceso.

C. La Declaración De Capacidad:

Los contrayentes están facultados a contraer matrimonio dentro de los cuatro meses siguientes de la publicación de los avisos, cuando no se haya producido oposición o se haya desestimado, o el alcalde o funcionario no tenga noticia de ningún impedimento; sin embargo, en caso que se venza el plazo estipulado para la realización del matrimonio, los contrayentes deberán reiniciar el expediente matrimonial, ya que en ese lapso pueden haber ocurrido impedimentos que antes no existían, según lo prescrito en el artículo 258 del cuerpo normativo.

En el caso que el alcalde o funcionario tenga noticias de la existencia de algún impedimento o no acreditara la capacidad de los pretendientes, está facultado para remitir todo lo actuado al Juez de Paz Letrado, quien con intervención del Ministerio Público, resolverá lo conveniente en el plazo de tres días.

Asimismo, en caso que se informara al alcalde o funcionario la existencia de un impedimento, posteriormente al plazo fijado, puede reabrirse el caso cuando se funda en un impedimento dirimente que ocasiona la nulidad del casamiento; pero, si se trata de un impedimento prohibitivo o dispensable, se advierte a los pretendientes acerca de su situación, a fin de que, subsanen lo necesario para contraer un matrimonio impecable.

D. La Ceremonia Del Casamiento

Según Méndez Costa (1987), la celebración el matrimonio es un acto o negocio jurídico bilateral, solemne, absoluto, constitutivo del estado de cónyuge, por consiguiente, se trata de un acto personal, solemne y público, en el cual, el alcalde o funcionario competente, después de haber confirmado la voluntad de los contrayentes en su propósito matrimonial y la de persistir en él, declara en nombre de la ley que están unidos en matrimonio (p. 148).

La procedencia de este acto se da con el cumplimiento de los tres actos previos; sin embargo, se admite una excepción, se trata del matrimonio 'in extremis o in artículo mortis' o matrimonio en inminente peligro de muerte. En este caso, existen diversas doctrinas a favor y en

contra, ya que se cree que no existe voluntad para la realización del mismo; mientras que, otros autores consideran que este tipo de matrimonio ayuda a regularizar algunas situaciones. Para su validez, existen algunos requisitos (Peralta,2008) prescritos en el artículo 268 del Código Civil: a) Que uno de los pretendientes se encuentre en inminente peligro de muerte y no sea incapaz, b) Que el matrimonio se celebre sin observar los tres momentos que debieran precederle, c) Que intervenga cualquier párroco u otro sacerdote, d) Que se inscriba obligatoriamente dentro de un año de celebrado y bajo pena de nulidad.

El matrimonio debe celebrarse, por regla general, en el local de la municipalidad; sin embargo, el artículo 265 se limita a enunciar que la celebración del matrimonio puede realizarse excepcionalmente fuera de la municipalidad, en lugar distinto, siendo de carácter alternativo u opcional.

Asimismo, la ceremonia del matrimonio puede llevarse ante el alcalde de otro concejo municipal, mediante autorización escrita del alcalde competente y aún en las comunidades campesina.

Otro requisito es que el matrimonio debe celebrarse ante el alcalde que recibió la declaración del propósito matrimonial y ante quien se

siguió el trámite preparatorio; sin embargo, por excepción, puede ser celebrado ante otras personas, tal como lo señala Peralta (2008) en los casos siguientes:

Por delegación: El alcalde puede encomendar por escrito la facultad de celebrar el matrimonio a los regidores, funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o de establecimientos análogos. Puede celebrarlo también el párroco o el ordinario del lugar, en cuyo caso, remitirán dentro del plazo no mayor de 48 horas, el certificado de matrimonio a la oficina del registro de estado civil respectivo.

Por autorización: La celebración del matrimonio además puede realizarse ante el alcalde de otro concejo municipal, mediante autorización escrita del alcalde competente, aclarando que debe ponerse constancia de la facultad con que procede en el acta correspondiente

En los demás casos permitidos por la ley: Por el jefe de registro de estado civil, por el comité especial en las comunidades campesinas y nativas o por el párroco o cualquier sacerdote, tratándose del matrimonio 'in artículo mortis'.

Los contrayentes que pretendan contraer matrimonio, generalmente,

deben asistir en forma personal a la ceremonia del casamiento que tiene como objeto que los mismos manifiesten su voluntad de casarse; mas, por excepción, se admite la intervención de apoderados o mandatarios.

El artículo 264 del Código Civil autoriza a los contrayentes que el matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de casarse bajo sanción de nulidad. El poder debe ser previamente inscrito en el registro de mandatos para que tenga validez, así como resulta indispensable la presencia física del otro contrayente en el acto de la celebración (Varsi, 2011, p. 149).

Además, si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz, antes de la celebración del casamiento, éste resulta nulo, aun cuando el apoderado ignore absolutamente tales hechos, pero para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente. Finalmente, el artículo 264 de la norma sustantiva preceptúa que el poder caduca de forma definitiva a los seis meses de otorgado si no se ha verificado la renovación en forma expresa.

Es necesario la presencia de dos testigos mayores de 18 años de

edad, que sean vecinos del lugar y de cualquier sexo quienes podrán ser a la vez testigos de ambos pretendientes, quienes se encargarán de firmar el acta respectiva, en señal de que están dando fe de su celebración.

La ceremonia comprende tres momentos: a) Informativa, en el cual el alcalde o funcionario público interviniente debe leer a los contrayentes los preceptos sobre sus deberes, b) Constitutiva del vínculo, en el que los contrayentes expresan su consentimiento en forma verbal y sucesivo, c) Conclusión de la ceremonia, donde el funcionario público, declara en nombre de la ley que están unidos en matrimonio.

El alcalde o funcionario público deja constancia de la ceremonia en el acta, que debe contener los datos siguientes:

- Nombres, apellidos, estado civil, nacionalidad, ocupación o profesión, domicilio y lugar de cada contrayente.
- Nombres, apellidos, nacionalidad y domicilio de los padres.
- El asentimiento de los padres, los ascendientes o el juez de menores.
- La constancia de no existir impedimento o que éste fuese desposado.

- La declaración de los pretendientes de hacer su voluntad, unirse en matrimonio en nombre de la ley.
- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos.
- La constancia de haberse cumplido con toda las formalidades exigidas por ley.

2.1.9 Régimen Matrimonial

Según Josserand (1951), el régimen matrimonial “es la organización económica del matrimonio y es el estatuto jurídico que rige los intereses pecuniarios de los esposos”. López del Carril (1984) expresa que el régimen patrimonial del matrimonio es “el estatuto jurídico que regula las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio, ya sea las de los cónyuges entre sí o la de éstos con los terceros”. Asimismo, Cornejo Chávez (1985) opina que el régimen patrimonial del matrimonio es “la manera cómo se gobiernan las relaciones económicas del grupo familiar teniendo en cuenta el activo y el pasivo”. Peralta Andía (2008) concluye que el régimen patrimonial es el estatuto jurídico familiar constituido por principios y normas jurídicas que rigen las relaciones económicas de los

cónyuges y de con terceros teniendo en cuenta el activo y el pasivo para resolver los probables conflictos que podrían surgir.

Nuestro Código actual asume la doctrina moderna, es decir, acoge el régimen de sociedad de gananciales y el de la separación de patrimonios, incluso, permite su variación durante la vigencia del matrimonio, tal como lo prescribe el artículo 296, Su artículo 295 prescribe que los futuros cónyuges, antes de la celebración del matrimonio, pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales; en el cual se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquella (Diez y Gullon, 1983, p. 212) sí como la comunidad de adquisiciones a título oneroso de tipo germánico o comunidad en mano común (Arias, 1997); o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento, donde cada cónyuge es independiente de la forma de administrar y gestionar sus bienes, sin la necesidad de la intervención del otro cónyuge, lo que le permite disponer a título oneroso o gratuito o gravarlos, así mismo, cada cónyuge cubre sus propias deudas con sus bienes propios, salvo que el beneficio sea para el bienestar de la familia; sin embargo, si los futuros cónyuges optan por el régimen de la separación de patrimonios, deben otorgar Escritura

Pública, bajo sanción de nulidad, debiendo inscribirse en el registro personal de los registros públicos para que surta sus efectos. A falta de ella, se presume que los interesados optaron por el régimen de la sociedad de gananciales, que funciona supletoriamente.

Sin embargo, el artículo 297 dispone que cualquiera de los cónyuges, cuando se encuentren bajo la sociedad de gananciales, puede recurrir al juez lo sustituya por el de separación de patrimonios en los casos de abuso de facultades o actuación con dolo o culpa. En cualquiera de los casos planteados, cuando termine la vigencia de un régimen patrimonial, se procederá a la liquidación, según lo prescrito en el artículo 298.

2.1.10 Efectos Jurídicos del Matrimonio

Como consecuencia de la celebración del matrimonio, se deriva un status que tiende a ser permanente, que se manifiesta en la constitución de la familia, que tiene todos los caracteres de una institución excepcional, por lo que es regulada y protegida de una manera muy especial, con normas que tienen naturaleza de orden público. Regulación que según lo establece el artículo 233^o del Código Civil de 1984, tiene como finalidad de

contribuir a la consolidación y fortalecimiento de la familia, en armonía con los principios y normas proclamadas en la Constitución Política.

Son múltiples las relaciones y efectos que se derivan del matrimonio, que se producen y se desarrollan en el universo familiar, una son de carácter personal, que tiene que ver con los cónyuges e hijos, y otras son de naturaleza patrimonial.

Por la naturaleza de nuestra investigación, interesa más los efectos personales del matrimonio, los cuales son los que tienen que ver con la persona de los cónyuges y los hijos. Éstas pueden ser ordenadas teniendo en cuenta las obligaciones personales de los padres respecto a los hijos, obligaciones recíprocas entre los cónyuges, así como los derechos y las obligaciones del marido y de la mujer durante el matrimonio.

Para con los hijos, la obligación más importante y que contraen los padres, y que tiene una base natural, es la de atender las necesidades de subsistencia desde su nacimiento hasta su mayoría edad, o hasta cuando los hijos puedan valerse por sí mismos. Por lo que dicha obligación no cesa, ni experimenta alteración alguna con la invalidez del matrimonio ni con su disolución.

Entre los cónyuges, conforme a la regulación de nuestro Código Civil, por mandato de su artículo 288° los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, y conforme a su artículo 289, señala que es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. Estos deberes-derechos constituye la base para la constitución y mantenimiento de un buen matrimonio. Sobre estos deberes-derechos, dada su importancia para nuestra investigación, nos referiremos con mayor detalle en el siguiente punto de este mismo capítulo.

2.1.11 El Matrimonio de la Legislación Peruana

Partiendo desde la norma constitucional, en el Título Segundo, Capítulo Dos, artículo 4, establece que: *“La comunidad y el Estado... protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”*

En tal sentido, se puede argumentar que desde la Constitución, como norma jurídica suprema, establece un elemento constitutivo de la institución jurídica del matrimonio civil, el libre consentimiento de los contrayentes, lo cual permite interpretar que la voluntad entre hombre y mujer es la que debe sobresalir ante tal importante acto. Por lo tanto, es

un derecho constitucional que ampara a los contrayentes para que ellos decidan, previo el cumplimiento de todo requisito legal, para ante autoridad competente, solemnizar dicho acto, puesto que su intención debe ser la que prime ante un evento de tal magnitud.

Haciendo mención conforme al Reglamento del Decreto Legislativo del Notariado en su art. 2 establece:

El notario 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.

Por lo tanto, dentro de este cuerpo legal en su art. 3, “El notario ejerce su función en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial”; Al conceder la potestad jurídica a los notarios públicos del Perú para ante ellos solemnizar el matrimonio civil, estaría, además de fortaleciendo el rol de órgano auxiliar de la Función Judicial, aumentando sus

competencias con lo cual su autoridad frente a la sociedad tendría mayor importancia de la que actualmente posee.

Un punto de partida fundamental establece el Reglamento de la Función Notarial Peruana en su art. 4 que enumera las atribuciones que tienen los notarios como parte de sus funciones.

La función fedante y formalizadora de instrumentos protocolares y extra protocolares que realiza el notario implica la labor de orientación imparcial a los usuarios a que se refieren los artículos 27 y 99 del Decreto Legislativo, de calificación de la legalidad, del otorgamiento del acto o contrato que se solicita; correspondiéndole, la facultad de solicitar la presentación de requisitos, instrumentos previos o comprobantes que acrediten el cumplimiento de obligaciones tributarias, que sean necesarios para la formalización del acto o contrato. En ningún caso, en su condición de notario está facultado a emitir resoluciones...”

La ley otorga a los notarios un papel protagónico dentro su campo de actuar Notarial, ya que distintas instituciones jurídicas, actos o contratos que son de desarrollo constante en el día a día de las personas,

necesitan de la aprobación de una autoridad pública y el notario público en el ejercicio de su potestad pública es el llamado a otorgar tal aprobación.

Como hice mención líneas arriba, la función Notarial ha ido evolucionando y con el transcurso del tiempo se le ha ido otorgándole nuevas atribuciones tal como lo establece la Ley N° 26662 Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (El Peruano,1996) , que otorgó nuevas atribuciones a los notarios, entre las cuales se encuentra a manera de ejemplo en su art 08 el reconocimiento de la Unión de Hecho, ante su autoridad, solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, lo que es un punto de partida que, siendo la institución de la unión de hecho no muy diferente a la del matrimonio civil, está ya se la puede celebrar ante el Notario y tiene los mismos efectos legales que celebrarlo ante otro organismo estatal.

Por lo tanto, es imperiosa la necesidad de una reforma a la Ley notarial para establecer la atribución a fin de que los notarios puedan solemnizar el matrimonio civil, ya que se encuentran legalmente

investidos de autoridad para dar fe de actos públicos y pueden llevarlo a cabo con los mismos efectos legales que celebrarlo ante otra autoridad.

En el ordenamiento jurídico Nacional, el matrimonio se celebra de conformidad con lo que dispone el Código Civil que en el Art. 259, señala:

Art. 259.- El matrimonio se celebra en la municipalidad, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde, después de leer los artículos 287, 288, 289, 290, 418 y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos

Una reforma que confiera competencia para la celebración del matrimonio como un contrato civil al notario público, implica sobre todo, un cambio de mentalidad de la sociedad con aspectos positivos relacionados con los costos y el ahorro de tiempo; y subjetivos que podrían catalogarse como negativos, en la

percepción de restarle la solemnidad y disminuir su carácter esencialmente permanente.

2.1.12 Fundamentación Socio Jurídica Del Matrimonio

Roscoe Pound citado en Calvo García & Picontó Novales, (2008), es uno de los teóricos que desarrolla en la jurisprudencia sociológica orientada a un conocimiento del derecho como fenómeno social, es decir, atendiendo a los hechos que determinan el origen de las normas jurídicas y a la práctica jurídica real. Este nuevo enfoque tendría como objetivos programáticos:

Un enfoque humanista de la ciencia jurídica que estudia la construcción conceptual de los principios que dan origen a la jurisprudencia, sus fines prácticos, los efectos reales así como las consecuencias de la decisión en el desarrollo social, económico y político de la sociedad. La investigación social en el campo jurídico persigue fines prácticos y analiza el comportamiento social, el efecto de la aplicación de las normas, así como la orientación filosófica que inclina la decisión del legislador.

La familia es, desde todo punto de vista, una unidad de análisis compleja en la que confluyen aspectos que la definen y contribuyen a sus dinámicas transformaciones a través del tiempo, como el entorno económico, social e histórico.

La familia es, también, una unidad de análisis compleja. No es posible hablar de ella como un organismo aislado del entorno económico, social y de su escenario histórico. Existen muchos factores sociales que inciden en la vida familiar, la cultura, la política, la religión, ideologías de género, de clase, de raza, el medio ambiente; aspectos económicos, sociales, ideológicos, psicológicos, antropológicos, demográficos y jurídicos.

El matrimonio, en la actualidad, forma parte de la vida social, valorado porque representa algo más que la simple convivencia pues en circunstancias justificadas perdura a pesar de no mantener un hogar común; se refleja en todas las relaciones familiares, posee un amplio sentido que supera la relación conyugal porque incluye amistad, mutuo respeto, consideración recíproca, apoyo moral, ayuda mutua principalmente en la edad con riesgo para afrontar situaciones difíciles.

Tiene, además, un propósito secundario en la procreación valorada por los teóricos del Derecho de Familia, no como un fin en sí mismo, sino como el inicio de otra relación importante en la sociedad, la relación paterno - filial. Por otra parte, se ubica la relación de convivencia no formalizada que se mantiene en el tiempo, que conlleva un acuerdo de voluntades o consentimiento que en el pasado, no se concebía como matrimonio y menos todavía, como la constitución de familia. Alcanzaba tal condición únicamente cuando al consentimiento inicial se ratificaba con la aceptación de las partes ante autoridad competente.

También podemos hacer mención de un fin secundario, que sería la procreación desde antes valorada por algunos teóricos del Derecho de Familia, no como un fin del matrimonio, sino de la relación paterno – filial; por otro lado, una unión no formalizada que se mantenía en el tiempo, lo que implicaba un acuerdo de voluntades o consentimiento continuativo, no era considerada como matrimonio y menos como familia. Solamente lo era cuando el consentimiento inicial se declaraba ante autoridad competente y cumpliendo con determinados requisitos y solemnidades.

La familia, entonces, como célula básica de la sociedad responde a una concepción que trata de explicar su relación e interdependencia con

ésta. Teóricos sociólogos como Plan, Durkheim, Spencer y Engels, afirman para explicar su carácter esencial cuando afirman que “los pueblos no se componen de individuos sino de familias”

Para Durkheim los cambios en el derecho introducen modificaciones en las relaciones familiares, la sociedad moderna evoluciona hacia un derecho que garantiza mayor autonomía personal, que revitaliza el derecho restitutivo. La evolución del Código Civil, en torno a la regulación de las relaciones paterno - filiales y los contenidos jurídicos que marcan los límites del poder del padre, es vital para comprender el tránsito del tipo paternal tradicional a la familia conyugal moderna compuesta por los padres y los hijos, y en la que sus miembros gozan de una mayor autonomía. Clemente Díaz, Mesa Castillo (2010)

La familia en la actualidad, se conceptualiza como una estructura más democrática en la que prima el consensus familiar, alta movilidad que le permite expandirse en los medios urbanos, organizarse y reorganizarse.

La tesis sobre el matrimonio como base de la familia significa que las relaciones de parentesco, más allá de la familia nuclear, se sostienen

entre diferentes familias que tienen en común el ser sociedades conyugales. Todos los miembros de la familia de ese tipo deben en su vida – como tendencia general- vivir en dos tipos de familias que Parsons denomina: familia de orientación y familia de procreación. Mesa Castillo (2008)

La familia moderna tiene tres funciones esenciales: la procreación, la socialización del niño y la estabilidad emocional del adulto.

El ser humano crece y se desarrolla en un entorno familiar y por supuesto, la gran mayoría de adultos que pueblan el mundo están o han estado casado, de tal manera que el matrimonio es por sí mismo una institución social muy extendida pero tiene variantes significativas según se trate de las costumbres y hábitos de culturas diferentes. Cómo se integra la familia, cómo se vinculan entre sus miembros, cómo se seleccionan las parejas, cómo se manifiestan las expresiones sexuales.

La familia es, en resumen, un grupo de personas que establecen relaciones sociales y económicas como resultado de la unión sexual para la satisfacción de necesidades de afecto, seguridad y protección de sus miembros. Se encarga de la socialización de los hijos, afirmación de la

identidad cultural, social e individual y la generación y reproducción de la fuerza de trabajo y la unidad fundamental de la sociedad, cuya función es además, compartir la vida y los intereses comunes de toda la sociedad.

En la actualidad, la convivencia de la pareja en unión matrimonial se asocia a la comunidad de vida que eventualmente incluso rebasa la situación de convivencia por razones de organización familiar, laboral o incluso de orden económico, lo que quiere decir, que muchas parejas mantienen sus matrimonios sin convivencia permanente, unidas por lazos de afecto que se mantienen a través del tiempo y de las circunstancias muchas veces adversas. Es en realidad el afecto, la amistad, el respeto, la inclinación recíproca y la construcción de la familia con el añadido lógico de la procreación que suele ser el ingrediente que consolida y mantiene tradicionalmente la institución del matrimonio.

De lo que se desprende que con sustento sociológico, jurídico y religioso, el matrimonio puede ser estudiado como un hecho contractual y/o sacramental. En todo caso, el matrimonio como contrato social, es el más antiguo y posicionado en la concepción social pues es el primer contrato que suscriben las personas a lo largo de la historia.

El matrimonio como todo contrato civil, puede disolverse por mutuo disenso y por la voluntad de los cónyuges unilateralmente.

La institución jurídica es el conjunto de reglas de derecho que se penetran unas a otras hasta el punto de constituirse un todo orgánico, comprendiendo una serie indefinida de relaciones de derecho y derivadas todas de un hecho único fundamental, de orden físico, biológico, económico, moral y social (Mesa Castillo, 2008).

El matrimonio es una institución jurídica por las connotaciones sociales, culturales y valorativas que implica y que está posicionada en la mente de cada miembro de la sociedad ecuatoriana.

También es, sin duda, la respuesta social a la percepción de fracaso de los matrimonios, el elevado índice de divorcios, separaciones, disfuncionalidad de las familias, entre otros problemas de carácter psicológico, afectivo y emocional que rodea a la institución de la familia, sin desconocer tampoco, razones de orden económico, laboral y de organización de la estructura de la familia, que eventualmente pueden ser limitantes para que los hombres y mujeres decidan libremente constituir

una familia con sustento en el matrimonio civil como fundamento jurídico para el reconocimiento social, cultural, político, económico y valorativo.

De hecho, el incorporar la unión de hecho a la condición de igualdad con el matrimonio civil en cuestión de derechos para las partes involucradas, responde en realidad a asegurar los derechos de familia, del hombre y la mujer, así como también de los hijos que procreen, el reconocimiento de su condición para compartir, guardarse mutuo respeto y equilibrar en igualdad de condiciones, su participación de los efectos jurídicos que conlleva el integrar una familia, en las condiciones que señalan la Constitución y el Código Civil de 1984:

2.2 Del Notario Público en la Legislación Peruana

2.2.1 Antecedentes históricos del Notariado en el Perú

➤ **En la época incaica y preincaica.-** Algunos autores mencionan que hubo cierta forma de notariado, con misión similar a la del viejo mundo; concitando mayor atención a los cronistas, algunos de los cuales afirman haber encontrado, al llegar al imperio incaico, Escribanos Reales y

Escribanos del Pueblo, con funciones parecidas a los de la península. Pero para apreciar el valor y grado de certeza de las crónicas, hay que tener en cuenta que el notariado surge, en la historia, como una institución creada por la sociedad para asegurar y proteger la buena fe de las transacciones y actos entre los hombres como producto de las relaciones entre ellos en pos de mantener la paz social. El dinero es creación genuina de las sociedades en las que predominaba el régimen de la propiedad privada, y existía el comercio como actividad de los particulares, utilizándose el elemento pecuniario para adquirir o transferir los bienes.

En estos pueblos, fue indispensable la institución del Notariado para garantizar ese intercambio comercial y asegurar que tal tráfico patrimonial no degenera en el fraude y el engaño. Ahora, en la sociedad incaica, no predominó la propiedad privada, tampoco existió entre los particulares la actividad comercial con fines de lucro ni hubo el dinero como instrumento de cambio; es decir: no había necesidad de instituir forma específica de notariado por carecer de objeto.

En este pueblo, debido a su organización sui - géneris no hubo necesidad de recurrir al elemento pecuniario como medida del valor económico, tampoco se conoció la transacción comercial de tipo

occidental, por lo que no fue preciso buscar alguna institución dedicada exclusivamente a garantizarla.

Existieron indudablemente medios destinados a velar por la firmeza de la fe pública, pero no precisamente con el significado ni concepto de la función notarial, sino formando parte de las labores de administración (de gobierno).

Estos funcionarios eran los QUIPUCAMAYOC, a cargo de la estadística, la contabilidad, el control de los hechos históricos y toda la planificación del Estado, estando también comprendida de manera espontánea algunas actividades de la función notarial, auxiliado por sus quipus, tenía que llevar el control de las actividades y desenvolvimiento del imperio, registrar los actos importantes de la vida del Inca. Llevaba el control estadístico de cuantos iban a la guerra, cuantos morían en ella; de los que nacían y fallecían cada año.

La vasta preparación que se requería para desempeñar tan amplia y difícil función, se daba al Quipucamayoc en los "Yachayhuasi". Aquel funcionario no era empírico, sus actividades requerían amplios

conocimientos y mucha dedicación, “pues en todo momento debía estar con los nudos en las manos” (Garcilaso de la Vega, Comentarios Reales).

La amplia y dedicada función del Quipucamayoc, respaldada por los estudios que seguía previamente en el Yachayhuasi, evidentemente personificaba la fe pública administrativa; el Inca tenía mucha consideración y confianza en lo que éste certificaba o aconsejaba; de igual manera el pueblo confiaba en los actos públicos realizados con su intervención; encontrando por ello los cronistas españoles, similitud entre su función y la de los escribanos de España.

El padre Bartolomé de las Casas y Cieza de León afirman que la jurisdicción territorial de los quipucamayocs estaba delimitada por la zona geográfica que ocupaba cada ayllu; y en caso de los Quipucamayoc Nobles por la región que se les asignaba; “ que los quipucamayocs más modestos debían dar cuenta muy por menudo a los mayores que habitaban en el lugar, indicando el asiento principal de todas las cosas que a su cargo estaban y éstos luego en la suya lo asentaban” (Revista Internacional del Notariado, 1963, p.123).

Existen dos clases de quipucamayocs notarios: los del Inca y los del Pueblo, los primeros para ayudar al rey en la tarea de gobernar y los segundos estaban adscritos a un ayllu, a un pueblo más o menos importante, a un valle. (Poma de Ayala, El Primer Nueva Crónica y Buen Gobierno)

➤ **Amplitud de la función notarial en el incanato.** A pesar de no existir un agente específico de la función notarial debido al predominio de la propiedad comunitaria y a la ausencia de la contratación de tipo occidental, fue necesario instituir formas que garanticen la realización de algunos actos jurídicos como los trueques, la celebración de convenios con pueblos enemigos o tribus sometidas, los actos de la última voluntad etc.

Por ejemplo, los nobles debían testar ante el Quipucamayoc y expresar los actos de su última voluntad mediante los quipus.

Lo que no cabe duda es en lo referente a la intervención del Quipucamayoc en las ferias, que cada cierta temporada se realizaba en las que el trueque de productos, se necesitaba el control y dirección de éste funcionario.

Tampoco cabe duda en la actuación que tuvieron los quipucamayoc como representantes del Inca, en la celebración de convenios con pueblos enemigos o vencidos en la inactivación de las zonas sometidas.

➤ **En la conquista.**

Desde el primer momento que los españoles llegaron a América estuvo presente la institución notarial. Quien hizo el acta y dio fe de haber llegado a “las indias” fue Rodrigo de Escobedo, primer escribano que pisó el nuevo mundo.

Otro acto de trascendencia importancia notarial es la celebración del contrato de sociedad entre los tres socios de la conquista en 1526.

Los escribanos eran casi siempre hombres que integraban las expediciones sin título alguno. Como menciona José Negri “eran medio soldados y medio letrados, manejando la pluma y la espada con aliento aventurero”.

Por razones obvias, en este período, prima el desorden de la función notarial. Los Escribanos intervenían en lo contractual, en lo civil y penal; su jurisdicción la determinaba el gobernador. Redactaban testamentos, transacciones, actas de fundación de ciudades, escrituras de sociedades,

requerimientos, intervenían en los juicios penales, ejecución de sentencias, etc.

En esta época, se hizo mal uso de la fé pública, sólo obedecía a los conquistadores y para sus codicias. Entre los casos históricos de intervención de Escribanos tenemos: el rescate de atahualpa, el reparto, el testamento de Francisco Pizarro.

Durante la conquista, paralelamente a los escribanos españoles, siguieron actuando los quipucamayoc en todo lo relativo a la población indígena.

➤ **En la colonia.**

Restablecida la calma después de las guerras civiles y luego de la tardía reacción violenta de los indios, comenzó la verdadera organización jurídica y administrativa de la colonia.

Se permitió la subsistencia de la organización incaica entre los indios, respetando el régimen oriundo, con el fin de desplazarlo gradualmente, pero hasta entonces el quipucamayoc debía intervenir en los inventarios, en el depósito de bienes y otras cosas atendibles por razón de su oficio;

su cargo era vitalicio, mientras no esté incapacitado física o moralmente; era elegido por el voto popular.

Tal como se había previsto, en pocas décadas los Quipucamayos fueron dejando los quipus y adoptando el uso del papel; su actuación se españolizó y gradualmente la organización notarial hispana absorbió a éste.

Los escribanos a pesar de que debían de ser nombrados por el Rey, los virreyes y gobernadores nombraron gran número de escribanos, justificando tal actitud con la enorme extensión de las colonias y la necesidad de administrar justicia.

El escribano fue el personaje investido de la fe pública; se le veía al lado de las autoridades de toda índole e instancia, en las dependencias públicas y especialmente en actuaciones judiciales, donde dieron lugar a mayores críticas, convirtiéndose en morosos, inmorales y corruptos.

El ejercicio del cargo adquirió carácter comercial; se podía vender o comprar el puesto, quedando por ello siempre en manos de familiares o autoridades de mayores recursos económicos, y estaba orientado a favor de quien más da o quien tiene mayor influencia.

➤ **El notariado en la república.**

Para evitar la crisis en la administración del naciente Estado, siguieron en vigencia las leyes españolas, especialmente la “Novísima Recopilación” y la “Compilación de Indias”.

No les tenían respeto, por eso Simón Bolívar en 1825 promulgó un decreto para que tengan respeto y consideración.

En 1836 entraron en vigencia los efímeros Códigos Civil y de Procedimientos Judiciales de Santa Cruz. Ninguno de éstos define al Escribano, pero sí se refieren a sus funciones como depositarios de la fe pública en los contratos.

En 1831 se dicta un decreto, estableciendo que todos los que estaban actuando como Escribanos, presenten sus títulos habilitantes antes sus respectivas Cortes de Justicia, en un término de un mes, vencido el plazo

quedaban inhabilitados definitivamente y sus oficios fueron declarados vacantes.

En 1845, otro decreto que establecía que “todo pretendiente a escribano, a más de saber perfecta ortografía y tener buena letra española, acreditar haber estudiado gramática, aritmética y lógica.”

El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, habla que el escribano público necesita ser obligatoriamente graduado de bachiller en Derecho.

Durante los primeros años de la vida republicana, se fue reduciendo la variedad de escribanos que hubo en la colonia; los sucesivos dispositivos tuvieron la tendencia a reducir las clases de escribanos a fin de legislar y controlar mejor su actuación. El código de enjuiciamientos civiles de 1852 tiene gran importancia, porque redujo específicamente a cuatro las clases de escribanos; y designó exclusivamente a los Escribanos Públicos la función notarial, así como estableció normas precisas y más estrictas para la admisión al oficio.

Esos cuatro son:

1. Escribanos de Cámara.

2. Escribanos Públicos o de Instrumentos.
3. Escribanos de Estado o de actuación.
4. Escribanos de Diligencias.

Este Código divide los actos de los Escribanos en: Actos de Registro y fuera de Registro, entre los primeros: testamentos, contratos, escrituras públicas en general; y entre los segundos, inventarios judiciales y extrajudiciales, poderes fuera de registro, legalización de documentos, certificaciones, etc.

Se estableció la visita anual que debían hacer los jueces de primera instancia a los escribanos públicos con el fin de controlar el buen ejercicio del cargo. Los escribanos públicos que infringían la ley eran sancionados severamente.

Éste código tiene mucha importancia en el Notariado porque por primera vez, designa en forma concreta al agente que debe ejercer la función notarial bajo el nombre de Escribano Público; prevé con bastante minuciosidad los requisitos y pautas necesarias para la celebración de las escrituras públicas; establece en forma precisa los requisitos para tener acceso a la función, así como las sanciones que iban desde la multa y

amonestación hasta la destitución sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

En 1867, se dispuso que en cada capital de provincia debía haber por lo menos un escribano; en las capitales de departamento no más de seis; y en Lima.

En 1886, se prohíbe ejercer la abogacía a los escribanos, salvo tratándose de causa propia o de familiares.

En 1889, se utiliza el término NOTARIO o ESCRIBANO de REGISTRO.

2.2.2 Definición del Notario Público

El Notario aparece con el fin de la intervención de un tercero imparcial en los negocios jurídicos, que se encargue de asegurar que los efectos de los negocios jurídicos estén sujetos a derecho y haya certeza de lo acordado; y de la utilización del escrito para perpetuar la auténtica representación de lo dispuesto o concertado; es decir, tiene la potestad de darle forma pública y para ello, no puede delegar su misión en dependientes o terceros, por lo que se trata de una función *intuito*

presonae, y no se encuentra sujeto a jerarquías ni a supervisión sobre la realización de su trabajo.(Gonzales, 2012, p. 1177)

En ese sentido, el Notario es considerado como un profesional del derecho que, en forma imparcial e independiente, ejerce una función pública, consistente en la formación, conservación, reproducción y autenticación del documento notarial, incluyéndose dentro de su alcance la certificación de hechos. Del mismo modo, es colaborador nato y calificado del poder público, con la ventaja de que no sólo aplica la norma rígida al derecho positivo, sino que sabe encontrar el encuadre flexible dado por los usos y costumbres (Tambini, 2006, p. 59)

Becerra Palomino (2000) manifiesta que el Notario es un profesional del derecho que ejerce en forma privada una función pública, especialmente habilitado para dar fe de los hechos o contratos que otorguen o celebren las personas, redactar los documentos que soliciten y asesorar a quienes requieran la prestación de su ministerio. Señala además que esta función pública se ejerce en forma independiente y debe cumplirse en forma escrupulosamente imparcial (p.197).

En opinión de Deimundo (1989), el Notario garantiza la moralidad y la legalidad de los fines en la exteriorización de la voluntad de los hombres. Encaminando a las partes desde el principio mediante una tarea de asesoramiento y consejo, evitando la contienda por medio de su función conciliadora y por fin logrando la máxima adecuación de la voluntad a los valores y normas del ordenamiento jurídico (P.31).

En tal sentido, se puede colegir que el Notario es un abogado que adquiere la calidad de funcionario público, a fin de dar fe pública, autenticar y dar forma, de acuerdo a ley, a los actos y contratos que ante él se celebran, asesorando imparcialmente a las partes, formalizando su voluntad al redactar los instrumentos notariales por escrito.

Llámesese así, al profesional en el campo de las leyes, encargado de dar fe y brindar seguridad jurídica sobre los contratos que originen la expresión de voluntad entre las partes intervinientes. Para lo cual, podrá utilizar su conocimiento en el análisis, interpretación, redacción y formalización de actos jurídicos, llevará un registro y tendrá archivo propio de los documentos que en su despacho se soliciten.

El Art. 6 de la Ley Notarial señala que: “Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes”

Cabenellas (1980) define la fe pública como veracidad, confianza o autoridad legítima atribuida a los Notarios, secretarios judiciales, escribanos, acerca de actos, hechos y contratos realizados y producidos en su presencia; y que se tiene por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad

Abedrabbo (2000), expone en su libro Guía Práctica del Derecho Notarial que la fe pública es la confianza que la sociedad y el Estado han depositado en algunos funcionarios, entre ellos y principalmente los Notarios para que con su intervención legitimen ciertos actos, hechos y contratos. El dar fe pública por parte de un notario equivale a asegurar que el acto o contrato realizado ante él es auténtico.

El Notario para Bernardo Pérez (1986) dice: “es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios” (p. 87).

2.2.3 La Función Pública Notarial

La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado. La función notarial pretende otorgar seguridad jurídica otorgando su fe a los actos en que intervenga el notario.

Se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiriendo al usuario seguridad jurídica, evitando posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica, siendo un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.

La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

Toda persona necesita de vez en cuando hacer algo que tiene que ver con el notario: va a contraer matrimonio y desea hacer capitulaciones matrimoniales; se ha puesto de acuerdo con otros amigos y va a emprender con ellos un negocio, tiene que firmar un documento en otra

ciudad y no puede desplazarse, quiere otorgar un testamento abierto; se ve en la necesidad de otorgar un poder.

No se puede quedar con la idea generalizada que se tiene del notario, como un simple fedatario, ya que sus labores van más allá, que las de un fedatario autenticador de actos y hechos jurídicos.

El notario es un profesional del derecho cuya actividad es trascendental en una sociedad de acuerdo al sistema legal.

Durante la última década, en un esfuerzo por disminuir y mejorar la percepción de la labor de justicia, el Estado ha delegado funciones de índole jurisdiccional a favor del notario, mediante la promulgación de una serie de normas. Se comenzó tímidamente con la dación de la Ley 26501, mediante la cual se faculta al notario a legalizar la apertura de libros contables y otros que señalara la ley. Seguidamente, en forma decidida se dicta la Ley 26662, mediante la cual se amplían las facultades del notario en forma exponencial, permitiendo al notario realizar la tramitación de los llamados procesos no contenciosos, tales como rectificación de partidas, sucesiones intestadas, inventarios, comprobación de testamentos, entre otros; haciendo del servicio notarial una opción rápida y eficaz frente a la alicaída imagen del Poder Judicial. Dicha evolución y empoderamiento de la función notarial se ha ido dando en forma paulatina

siendo uno de los hitos más importantes, la dación de la Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común. El Estado en un claro esfuerzo por sanear legalmente la situación de bienes donde coexisten bienes de propiedad exclusiva y de propiedad común, así como otorgar mayor seguridad jurídica mediante la inclusión de bienes inmuebles al tráfico legal, confió nuevamente en la institución del notariado. Uno de los últimos hitos importantes fue la promulgación de la Ley 29227, la llamada Ley del Divorcio Notarial, si bien es cierto que el texto de la presente ley es bastante reducido, el impacto en la sociedad ha sido bastante significativo, pues ha permitido agilizar la separación convencional y el divorcio ulterior en una media de tres meses.

Siendo el notario un importante centro de tráfico comercial y en los últimos años de tramitación de procesos, el Estado ha dispuesto obligaciones formales en materia tributaria de acuerdo a lo establecido en la Trigésimo Séptima Disposición Final y Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. El notario tiene entonces la obligación de verificar el pago a cuenta del Impuesto a la Renta en el caso de enajenación de inmuebles, no pudiendo elevar a escritura pública

aquellos contratos en los que no se verifique dicha obligación de pago, establece también que el notario es responsable solidario respecto al pago de dicho impuesto. Sumado a ello, de acuerdo al Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo aprobado mediante el Decreto Supremo 057- 2011 PCM, se identificó como una vulnerabilidad estructural en la prevención del Lavado de Activos, la ausencia de coordinación entre la Unidad de Inteligencia Financiera y el sector notarial.

En base a ello, en dicho documento, se establecen una serie de objetivos que tienen como finalidad que los notarios implementen un sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, a su vez, se establece la implementación de sistemas de control, que en un principio podrían estar a cargo de la Unidad de Inteligencia Financiera o la otra opción es que dicho control este a cargo del Consejo del Notariado.

El caso de la Notaría Holgado Todo este esfuerzo por la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo se está llevando a cabo en el marco de las recomendaciones alcanzadas por el GAFISUD, que es una organización intergubernamental que tiene como objetivo la

lucha contra el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo, de la cual el Perú es miembro.

Se encuentra regulado en el artículo 2° del D.Leg. N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado que señala “El notario 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.” el cual precisa que el Notario dará fe de los actos y contratos que ante él se celebran, comprobar hechos y tramitar asuntos no contenciosos previstos en la Ley; para lo cual, el mismo artículo indica que deberá formalizar la voluntad de los otorgantes, redactar los instrumentos, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales y expedir los traslados correspondientes.

Asimismo, Tambini (2006) manifiesta que la función notarial se realiza mediante las siguientes funciones:

- **Inmediación:** El Notario ejerce la función notarial en forma personal; es decir, existe intermediación entre el Notario y las partes, así como entre el Notario y el documento que autoriza; ya que le permitirá auscultar el pensamiento de las partes y constatar la coincidencia entre lo que piensan y lo que manifiestan en el documento, por lo que podrá dar fe de la voluntad anímica de los comparecientes.
- **Asesoramiento:** El Notario interpretará la voluntad de las partes según las normas legales; para ello, debe encontrarse preparado y actualizado en cuanto a la legislación, a través de constante capacitación.
- **Constatación:** El Notario certifica los hechos que presencia o le constan, extendiéndolos documentalmente.
- **Formalización:** Existen actos jurídicos para los que la ley prevé o exige una forma determinada para que produzcan efectos; de allí que las formas, en algunos casos, cumplen una función constitutiva y no solamente instrumental. Esta actividad recoge el principio de la configuración jurídica, consistente en la labor técnica que desarrolla el Notario para revestir el acto de la forma requerida por la ley, logrando emitir un instrumento público con efectos jurídicos totalmente asegurados.
- **Redacción:** El Notario escribe las declaraciones que recibe de los particulares, adaptándolas a las exigencias legales y elaborando el instrumento dentro de un marco de legalidad.

- **Autorización:** El Notario firma al final del instrumento público. Luego de redactar el instrumento, lo suscribe en nombre del Estado, confiriéndole plena y definitiva autenticidad y eficacia.
- **Autenticación:** El Notario está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran.
- **Legalización:** El Notario controla la legalidad de los actos que ante él se celebran; sin embargo, no podrá intervenir en actos en los que exista alguna duda respecto a su legalidad.
- **Legitimación:** El Notario acredita plenamente que el acto producido obedece al ejercicio de un derecho legítimo y corresponde a una situación jurídica condicionante de la eficacia de tal acto.
- **Ejecutoriedad:** El instrumento notarial es oponible a terceros, su formalización le da la firmeza de cosa juzgada, en mérito a la comprobación de su certeza.
- **Conservación:** El Notario tiene la obligación de conservar en su archivo la documentación notarial: los originales o la matriz del documento en su protocolo o archivo notarial.
- **Expedición de traslados:** El Notario entrega a las partes, a su solicitud, copias de la matriz del documento que obra en su protocolo para la adecuada producción de los efectos jurídicos del acto formalizado y los que requieran inscribirse en los Registros Públicos.

Asimismo, el artículo 3 del Decreto Legislativo del Notariado, establece que la función del Notario es personal, ya que su función es indelegable y asume los efectos y consecuencias que su responsabilidad conlleva, salvo que sea de otro Notario en ejercicio; autónoma, debido a que su función no se encuentra sujeta a un empleador, puesto que la ejerce de manera privada e independiente, sin ser dependiente del Estado; exclusiva, porque solo puede ejercer sus funciones establecidas, no pudiendo ejercer otros cargos públicos, salvo la docencia, cargos elegidos por consulta popular, Ministro o Viceministro, debiendo pedir licencia; e imparcial, es decir, no debe actuar favoreciendo a una de las partes que acuden ante él, ya que su función es actuar según la ley, derecho y justicia.

Esto demuestra que la función que cumple el Notario es importante y necesaria en nuestra sociedad, pues se encarga de autenticar o hacer constar hechos jurídicos que requieran de veracidad frente a terceros actuando conforme a Ley, ya que sin el Notario en la sociedad, podrían existir víctimas de engaño y abuso; por ello, se encarga de otorgar seguridad jurídica, a fin de que las personas puedan actuar con medios de seguridad que le permita lograr el fin que persigue; es decir, el Estado les ha encomendado dar fe pública a todos los actos que ante él se celebre,

otorgando presunción de verdad a las manifestaciones de voluntad y actuaciones que celebren las partes, las cuales deben estar acorde a las normas jurídicas para luego instrumentarlas a fin de evitar posteriores litigios.

2.2.4 La Fe Publica Notarial

La palabra “fe” proviene del latín *fides*, que recoge la idea de creencia en todas sus modalidades; por lo que la fe pública es otorgada por funcionario del Estado investido de autoridad para conferirla para dar crédito a un hecho o acto celebrado ante él (Tambini, 2006, p. 39).

Gunther Gonzalez (2012) señala que “dar fe” significa “afirmar, con obligación de todos de creer en tal afirmación, que se ha celebrado un contrato o se ha realizado un hechos en los términos que se narran”. Asimismo, Barreto (2002) manifiesta que tener fe o conceder fe, respecto de algo, significa “creer, ya que es el crédito, la veracidad que se da a una cosa o a un acto, por una persona o autoridad, por ello, es la creencia que se presta a os dicho, al hecho de nuestros semejantes, al testimonio que nos suministran los demás hombres. Por ello, ambos concluyen que el Notario, por la función que cumplen, es un funcionario dador de fe de los

actos que ante él se celebren” (p. 25).

En tal sentido, la fe pública implica que la narración del notario sobre un hecho se impone como verdad, se le tiene por cierta; por tal motivo, la única manera de dar fe respecto de un hecho es cuando se le ha observado y presenciado; es decir, la fe pública presupone que el notario ha percibido en forma sensorial los hechos y dichos de las partes, sobre todo por actos de vista y oído (Gatarri, 1997, p. 305).

Bardallo, citado por (Barreto, 2002), indica que la fe pública notarial tiene por objeto la comprobación y certificación por intermedio de agentes calificados de la existencia y legalidad de negocios y hechos jurídicos, con valor de verdad erga omnes de credibilidad obligatoria. En otras palabras, la fe pública notarial es el asentimiento que con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo manifestado por el Notario, dentro de la órbita de sus propias funciones (p. 28).

Podemos concluir que la fe pública notarial tiene valor de verdad oficial y es oponible a todos sin excepción, produciendo vínculos jurídicos con base en la autonomía de la voluntad de las partes que acuden ante el Notario, la observancia de las formas y la autorización notarial, que carece de sentido decisorio y de imposición obligatoria para preservar aquella

autonomía, ya que se encarga de dar certeza, confianza, veracidad y legitimidad a todo lo actuado en su presencia.

2.2.5 Características del Notario Público

Se bien, como ha quedado dicho, la figura del notariado puede tener matices propios de una determinada sociedad, los caracteres de la función pública notarial tiene un conjunto de características que identifican y distinguen de otro tipo de profesionales, y que, en términos generales son los siguientes (Laferrieri, 2003):

- Jurídica, por cuanto, se encuentra regulado en la norma vigente.
- Precautoria, ya que protege los intereses de las demás personas; de manera que, no existan conflictos entre las partes.
- Imparcial, el notario es un tercero que protege los intereses de ambas partes. Así una de las partes le requiera sus servicios; este debe proteger a ambas por igual.
- Pública, es decir, desempeña una función pública a cargo de particulares.
- Técnica, porque tiene utiliza los medios adecuados para desarrollar su función.

La institución notarial no debe su eficacia y valor a situaciones presentes, sino que son producto de una larga evolución, que se inicia con la aparición de la escritura su conservación y dar fe pública de los actos y contratos sometidos a su conocimiento.

2.2.6 Instrumento Público Notarial

El término “instrumento” proviene del latín *instruere* que significa mostrar o enseñar algo. Entonces, se puede afirmar que “instrumento” es todo aquello que sirve para conocer o dejar constancia de un hecho o acontecimiento; es un documento escrito, la prueba necesaria para acreditar y recordar los hechos (Tambini, 2006, p.83).

Este tipo de documento tiene la característica fundamental de estar dotado de fe pública, esto es, de autenticidad. La fe pública implica que la narración del notario sobre un hecho se impone como verdad, se le reputa cierta. Por tal motivo, la única manera de dar fe respecto de un hecho es haberlo observado y presenciado. Por ello, la fe pública consiste en la percepción sensorial de los hechos y dichos de las partes, sobre todo por actos de vista y oído (Gatarri, 1997, p. 305).

De acuerdo a lo expresado por Gimenez (1976), se trata del documento público autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos, y considera que la actividad notarial acaba normalmente en la válida elaboración de “instrumentos públicos”.

Gunther (2012) concluye que el instrumento notarial expresa la doble actividad del notario, que se resume en “dar forma” (asesorar y colaborar en la correcta expresión de la voluntad) y “dar fe” (certificar exactamente el hecho acaecido).

Por ello, el instrumento público prueba fehacientemente o produce fe respecto de la realidad del acto que contiene, no puede ser objetado como falso y goza de la certidumbre de la data entre los otorgantes y frente a terceros, y tiene fecha cierta.

Asimismo, nuestro D.Leg. N° 1049 establece en sus diferentes artículos la forma de producción del instrumento público, a fin de guardar su eficacia jurídica:

- El Notario cumplirá con advertir a los interesados sobre los efectos legales de los instrumentos públicos notariales que autoriza (artículo 27°).
- Los instrumentos públicos notariales se extenderán en castellano o en el idioma que la ley permita (artículo 28°).
- Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el artículo anterior las palabras, aforismos y frases de conocida aceptación jurídica (artículo 29°).
- Cuando alguno de los interesados no conozca el idioma usado en la extensión del instrumento, el Notario exigirá la intervención de intérprete, nombrado por la parte que ignora el idioma, el que hará la traducción simultánea, declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción (artículo 30°).
- Los instrumentos públicos notariales deberán extenderse con caracteres legibles, en forma manuscrita o usando cualquier medio de impresión que asegure su permanencia (artículo 31°).
- Los instrumentos públicos notariales no tendrán espacios en blanco. Estos deberán ser llenados con una línea doble que no permita agregado alguno (artículo 32°).

- Se prohíbe en los instrumentos públicos notariales raspar o borrar las palabras equivocadas por cualquier procedimiento. Los interlineados deberán ser transcritos literalmente antes de la suscripción, indicándose su validez, caso contrario se tendrán por no puestos. Las palabras o frases testadas se cubrirán con una línea de modo que queden legibles y se repetirán antes de la suscripción, indicándose que no tienen valor (artículo 33").
- En la redacción de instrumentos públicos notariales, se podrán utilizar guarismos, símbolos y fórmulas técnicas. No se emplearán abreviaturas ni iniciales, excepto cuando figuren en los documentos que se inserten (artículo 34°).
- La fecha del instrumento y la de su suscripción, cuando fuere el caso, constarán necesariamente en letras. Deberá constar necesariamente en letras y en números el precio, capital, área total, cantidades que expresen los títulos valores, así como porcentajes, participaciones y demás datos que resulten esenciales para la seguridad del instrumento a criterio del Notario (artículo 35°).

La clasificación que el Decreto Legislativo del Notariado recoge tácitamente se encuentra en sus artículos 25° y 26°, en los que diferencia a los instrumentos públicos notariales en protocolares y extraprotocolares

respectivamente, los cuales prescriben:

- Instrumentos públicos extraprotocolares: Son instrumentos públicos extraprotocolares las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al Notario por razón de su función.
- Instrumentos públicos protocolares: Son instrumentos públicos protocolares las escrituras públicas y demás actas que el Notario incorpora al protocolo notarial, instrumentos que el Notario debe conservar y de cuyos originales debe expedir los traslados que la ley determina.

2.2.7 Instrumento Público Protocolar

Etimológicamente el término protocolo proviene de dos palabras griegas: *Protos* que significa “primero” o “principal”; y *colas*, que significa “pegar”, asimismo, del latín *protocolum*, que etimológicamente se entiende como “Primer pliego encolado”. El término es recogido del Código de Justiniano, que significa una hoja pegada a ciertos documentos que contiene diversas indicaciones y otorga autenticidad (Gimenez, 1976, p. 843).

En opinión de Sanahuja Y Soler (1945), el protocolo es un instrumento habilitado por el Estado para el ejercicio de la función notarial en virtud de tres características inapreciables: garantía de perdurabilidad, garantía de autenticidad y medio de publicidad.

En palabras de Neri (1980), el protocolo tiene una sola finalidad: estampar en él las primeras y originales manifestaciones de voluntad humana creadoras de intereses jurídicos. (p. 383)

Para Gattari (1975) el protocolo es el conjunto anual de folios habilitadosny de documentos, notariales o no, autorizados o intervenidos por el oficial público, que según normas legales deben ser coleccionados para conservarlos, resguardar los derechos que registran y facilitar su reproducción. (p.193).

El artículo 36 de nuestro Decreto Legislativo del Notariado lo define como: “El protocolo notarial es la colección ordenada de registros sobre la misma materia en los que el notario extiende los instrumentos públicos protocolares con arreglo a ley”. Asimismo, el registro notarial es un conjunto numerado de cincuenta fojas ordenadas correlativamente, el cual debe ser autorizado antes de su utilización mediante un sello y firma

puesto en la primera foja del registro por parte de un notario especialmente designado para este efecto, bajo el procedimiento y medidas de seguridad que se fijen por el Colegio respectivo (artículo 39). Por cada diez registros (es decir, con 500 fojas) se forma UN TOMO, el que debe encuadernarse y empastarse en el semestre siguiente a su utilización, los que serán numerados en orden correlativo (artículo 41).

Asimismo, el artículo 37 del mismo Decreto Legislativo establece los registros por los que está conformado, los cuales son:

- De escrituras públicas.
- De testamentos.
- De actas de protesto.
- De actas de transferencia de bienes muebles registrables.
- De actas y escrituras de procedimientos no contenciosos.
- De instrumentos protocolares denominados de constitución de garantía mobiliaria y otras afectaciones sobre bienes muebles (art. 32 de la ley 28677 y Reglamento aprobado por Dec. Sup. 012-2006-JUS).
- Otros que la ley determine.

En los instrumentos públicos protocolares, el Notario está obligado a calificar jurídicamente el acto; es decir, el Notario somete el acto que se pretende formalizar a un test de legalidad, examinando si cumple con las exigencias legales del tipo jurídico que contiene. Esta calificación es la evaluación de los elementos e identificación del acto entre los distintos tipos legales que componen el ordenamiento jurídico; de esta manera, el Notario cumple con velar por la legalidad de los actos en los que participa dando fe (Tambini, 2006, p.102).

Se caracteriza por ser incorporados al protocolo, formales, gozan de la garantía de la autenticidad, son medios de prueba ante terceros, públicos, ejecutivos, producen efectos jurídicos, inscribibles, su contenido perdura a través del tiempo y ostentan la calidad de prueba plena.

Además, el Decreto Legislativo del Notariado establece disposiciones especiales de obligatorio cumplimiento que deben observarse durante la producción y conservación de este tipo de instrumentos:

- Son extendidos por el Notario en sus registros, los que en colección ordenada forman el protocolo (artículo 36°).
- Son extendidos en hojas del registro que se encuentran ordenadas

correlativamente según su numeración (artículo 38°).

- Antes de ser escrito o impreso en las hojas del registro, este debe ser autorizado previamente bajo responsabilidad del Notario, mediante un sello, y firma puestos en la primera foja por un miembro de la Junta Directiva del Colegio de Notarios, designado por el Decano, con conocimiento de la Junta Directiva (artículo 39°).
- Las fojas de cada registro serán numeradas en forma correlativa, respetándose la serie de su emisión.
- Se conservan encuadernándose y empastándose en tomos que se enumeran en orden correlativo (artículo 41°).
- El Notario responde del buen estado de conservación de los tomos (artículo 42°).
- El original o la matriz del Instrumento Público Protocolar, no puede salir de la oficina del Notario, excepto por razones de fuerza mayor o cuando así se requiera para el cumplimiento de la función notarial, debiendo realizarse cualquier exhibición, pericia o cotejo del mismo, u otra diligencia por mandato judicial o del Ministerio Público, en la misma oficina del Notario (artículo 43°).
- Son extendidos por el Notario en sus respectivos registros observando

riguroso orden cronológico, debiendo consignarse el número que les corresponda en orden sucesivo (artículo 45°).

- Son extendidos en el registro respectivo uno a continuación del otro (artículo 46°).
- Cuando no se concluya con la extensión de un Instrumento Público Protocolar o cuando luego de concluido y antes de su suscripción se advierta un error o carencia de un requisito, el Notario indicará, en constancia que firmará, que el mismo no corre (artículo 47°).

Asimismo, existen casos en los que el Notario indicará, en constancia que firmará, que dicho instrumento público protocolar “NO CORRE” (artículo 47° de la Ley), es decir, escribirá de puño y letra, o por cualquier otro medio legible, las palabras “NO CORRE”, luego de las cuales firmará la hoja del registro, los cuales son:

- Cuando no se concluye la extensión de un instrumento público protocolar; es decir, la redacción y elaboración del instrumento público ha quedado a medio hacer, por cualquier motivo o circunstancia el Notario dejará constancia en la misma hoja u hojas del registro donde consta dicho instrumento, que el mismo NO CORRE.

- Cuando luego de concluido y antes de su suscripción se advierta un error o la carencia de un requisito, el Notario dejará constancia en la misma hoja u hojas del registro donde consta dicho instrumento, que el mismo NO CORRE.

Asimismo, cuando sea necesario la aclaración, adición o modificación de un instrumento público protocolar, el Notario deberá ceñirse a lo dispuesto por el artículo 48° del D. Leg. N° 1049.

Cuando se hace ante el mismo Notario: Toda aclaración, adición o modificación de un instrumento público protocolar se hará mediante otro instrumento público protocolar y deberá sentarse constancia en el primero, de haberse extendido otro instrumento que lo aclara, adiciona o modifica. Nunca se podrá hacer una aclaración, adición o modificación de un Instrumento Público Protocolar en el mismo instrumento.

Cuando se hace ante otro Notario: En el caso de que el instrumento que contiene la aclaración, adición o modificación de un instrumento público protocolar se extienda ante distinto Notario, éste comunicará esta circunstancia al primero, para los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48° del D. Leg. N° 1049. Lo que se pretende con esta medida es evitar que la manifestación de voluntad del otorgante del instrumento

público, sea alterada o cambiada por cualquier motivo, existiendo la posibilidad de que esto suceda solo y únicamente si se deja constancia de este hecho en el instrumento original o matriz que conserva el Notario.

En los casos de destrucción, deterioro, pérdida o sustracción parcial o total de un instrumento público protocolar, el Notario podrá solicitar al Colegio de Notarios la autorización para su reposición (artículo 49 del D.Leg. N° 1049), debiendo asumir la responsabilidad de utilizar los mecanismos adecuados para ello. Para los efectos, luego de contar con la autorización del Colegio de Notarios, podrá acudir y solicitar a los otorgantes o intervinientes en el acto jurídico que contiene el instrumento público materia de destrucción, deterioro, pérdida o sustracción, a los Registros Públicos, o instancias pertinentes, que le alcancen los traslados instrumentales otorgados por el mismo Notario en su oportunidad, a fin de que le permitan contar con una fuente o copia del mismo.

2.2.8 Registro de escrituras Públicas

Debido a la naturaleza del presente trabajo, será necesario solo centrarse en el Registro de Escrituras Pública, según lo prescrito en el

artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1049, el Registro de Escrituras Públicas es aquel en el que se extienden escrituras, protocolizaciones y las actas que la ley determina.

Esta norma incurre en un error, pues en realidad solo son dos los instrumentos susceptibles de ingresar al registro notarial: las escrituras públicas y las actas. La protocolización no es en sí mismo un instrumento, pues esta consiste en la incorporación de un documento determinado en el protocolo de notario, y que se formaliza a través de un Acta de Protocolización; es decir, este registro contiene escrituras y actas. Sobre el particular, es conveniente añadir que la protocolización implica la incorporación al registro de escrituras de los documentos que la ley, resolución judicial o administrativa ordenen, para lo cual se requiere extender un Acta en el registro de escrituras públicas, y seguidamente, se agregan los instrumentos referidos, al final del tomo donde corre sentada el acta de protocolización (art. 64, 65, 66 LN). Es menester precisar que este tomo es aquel que se forma por cada diez registros (quinientas fojas), ordenadas correlativamente según su numeración; de esta forma, es al final del tomo, y no a continuación del acta de protocolización en que se incorporan los documentos. La finalidad de la protocolización no es otra

que la custodia y conservación de estos documentos en el archivo del notario, quien luego de ello podrá expedir copias o traslados Romero (2000). Del mismo modo, NUÑEZ (s.f.) hace una distinción entre escrituras públicas y actas, en el cual advierte que las escrituras tienen por contenido una declaración de voluntad, un negocio jurídico; mientras que las actas recogen un mero hecho que típicamente no es declaración de voluntad (p. 246).

El artículo 51 del referido Decreto Legislativo, señala que la escritura pública es todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por notario, y que contiene uno o más actos jurídicos. La sencilla definición legal reúne todas las características que normalmente se le reconoce en doctrina: Instrumento típicamente notarial, carácter protocolar y los otorgantes expresan una declaración de voluntad, por la cual disponen de sus propios intereses.

En la escritura pública, coexisten dos planos, teóricamente separables: el plano del negocio, que pertenece al derecho sustantivo; y el plano del instrumento, que pertenece al Derecho notarial. En palabras de Nuñez Lagos, en la escritura se presenta una recíproca interferencia entre

el negocio y el instrumento. Así, pues, una cosa es el objeto y otra cosa es la representación de ese objeto (Vallet, 1984, p. 313).

El *actum* comprende las situaciones, hechos, actos o contratos de la vida jurídica; mientras que el *dictum* es el documento representativo que puede contener la simple narración de un hecho o ser expresivo de un negocio jurídico. En el *actum*, el notario interviene para recibir las declaraciones de voluntad, pero con una previa labor de consejero y previsor de las consecuencias jurídicas del negocio. En lo que se refiere al *dictum*, el notario es el protagonista por ser el narrador del *actum*; es decir, en el *dictum*, el notario asume la autoría del documento, con las siguientes reglas:

- En la esfera de los hechos, el notario narra fielmente lo que oye y percibe por sus sentidos,
- En la esfera negocial o contractual, el notario recoge con autenticidad las declaraciones de voluntad de los otorgantes.

El *actum* comprende las situaciones, hechos, actos o contratos de la vida jurídica; mientras que el *dictum* es el documento representativo que puede contener la simple narración de un hecho o ser expresivo de un

negocio jurídico. En el *actum*, el notario interviene para recibir las declaraciones de voluntad, pero con una previa labor de consejero y previsor de las consecuencias jurídicas del negocio. En lo que se refiere al *dictum*, el notario es el protagonista por ser el narrador del *actum*; es decir, en el *dictum*, el notario asume la autoría del documento, con las siguientes reglas:

2.3 Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

2.3.1 Antecedentes

El origen del proceso no contencioso, denominado por la doctrina como jurisdicción voluntaria, se halla en el Derecho Romano, donde ya existía la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. Según Fernández de Bujan (1999) se entiende por jurisdicción contenciosa a la que hace referencia a la actividad que el ejercita en los procesos civiles y, a partir del siglo III D.C., magistrado también abarcaba a los procesos penales que tienen lugar entre litigantes o intercontendientes; es decir, se encargaba de resolver conflictos privados. Opuesta a la Jurisdicción contenciosa, se halla la jurisdicción voluntaria, en la que el magistrado interviene sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico (Revista Pucp, 1996).

En tal sentido, los asuntos no contenciosos no constituyen una verdadera y propia jurisdicción, pues en ella no está presente el elemento indispensable del conflicto ni el efecto de la cosa juzgada; por lo que sería conveniente que estos asuntos deben ser fin propio de la labor notarial, que es función de seguridad jurídica, ya que el Estado delega la facultad de ejercerla, con el principal propósito de servir a la sociedad y descongestionar en forma efectiva la labor del Poder Judicial (Barreto , 2002, p. 370).

2.3.2 Jurisdicción Voluntaria

En palabras de Silva Ruiz (1992) el término “jurisdicción voluntaria” no es unívoco, ya que, a veces, es referida también como “jurisdicción no contenciosa” para destacar que falla el elemento contencioso; quizás con más rigor, lo que debería decirse es que está ausente el “*issue*” o “controversia”, que es imprescindible para el ejercicio de la autoridad judicial. Además, el mencionado autor cita a Aguirre Godoy, quien refiere lo siguiente: “

(...) lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la ausencia de discusión entre partes, y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto, o responder a una mayor formalidad, exigida por la ley (...) La

jurisdicción voluntaria concluye con un pronunciamiento que sólo tiene p o r objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma”. (p. 113)

Asimismo, Caravantes (1856) manifiesta que “la jurisdicción voluntaria se ejerce *ínter volentes*, es decir, entre personas que están de acuerdo en cuanto al acto que se ejecuta o, a solicitud de una persona, a quién importa la práctica de un acto en cuya contradicción no aparece interés de terceros”. (p. 1329.

En tal sentido, en los procesos con jurisdicción voluntaria, no se busca obtener una decisión que declare la existencia de algún efecto o consecuencia jurídica en contra o frente a una persona distinta de quien reclama el ejercicio de la función judicial, sino a la necesidad de lograr un pronunciamiento sobre la eficacia de una determinada relación jurídica (Palacio, 2003. p. 310).

En la página web el doctor Luis Vargas Hinostroza publica un artículo titulado “Jurisdicción voluntaria en funciones notariales” actualizado al 17 de julio 2013, que en sus partes esenciales señala:

Es una facultad especial y soberana del Estado ejercida por sus diferentes órganos a solicitud de las personas, en asuntos que por su naturaleza se desenvuelven sin contradicción, frente a la necesidad de constituir estados jurídicos, dar legalidad a un acto, para crear efectos jurídicos materiales, para dar formalidad exigida por la ley, para dar la certeza a un derecho, para ejecutar y autorizar los actos que requieran esa solemnidad por mandato de la ley. (Vargas Hinostroza, 2013)

La jurisdicción voluntaria no es propiamente una actividad jurisdiccional puesto que no se ejerce la facultad de administrar justicia que es competencia privativa de los jueces y magistrados establecidos por la Constitución y la Ley, según lo define el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil. Vargas Hinostroza (2013, p. 193).

- a)** El poder de decisión, con el que se dirime con poder vinculante y obligatorio la controversia, o hacen o niegan la declaración solicitada.
- b)** El poder de coerción para el avance del proceso, imponiendo sanciones coercitivas a quienes entorpezcan el proceso.

- c) El poder de documentación o investigación, decreta o participa de las pruebas.
- d) El poder de ejecución que se refiere a hacer cumplir sus decisiones cuando se trata de ejecutar lo juzgado, esto es le IMPERIUM.

En el campo de la jurisdicción voluntaria existe una sola parte interesada solicitando a la autoridad competente su actuación para atender a su interés, no existe contraparte como en la jurisdicción contenciosa cuya particularidad es el desacuerdo entre las partes.

La jurisdicción voluntaria es un ámbito en el que se crea una situación jurídica para el ejercicio de un derecho, para hacer posible la capacidad del actor a través de la ejecución de un acto jurídico eficaz en derecho (donaciones, nombramientos de tutores, curadores, delegaciones, apoderados, etc.). También se aplica en algunos actos formales establecidos en la ley para dar validez a un acto (reconocimiento de firmas, inventario solemne, posesión efectiva). Así, en la jurisdicción voluntaria se buscan efectos jurídicos para el solicitante.

La jurisdicción voluntaria establece las garantías antes del conflicto contra las lesiones que ocurrirían o podrían suceder a futuro, no presupone contiendas, por lo mismo no resuelve contiendas. En la práctica, la jurisdicción voluntaria es desempeñada no solo como atributo exclusivo de los jueces, sino que lo realizan diversos empleados públicos, como el Jefe del Registro Civil, los Cónsules, los Registradores de la Propiedad, y naturalmente los Notarios, por su esencia y naturaleza. (Vargas Hinestroza, 2013)

De esta forma, podría decirse que la jurisdicción voluntaria actúa para declarar hechos y situaciones jurídicas, tiene un fin constitutivo pues tiende a la formación de estados jurídicos materiales nuevos para dar formalidad exigida por la Ley con el propósito de constatar la existencia de relaciones jurídicas o reglamentar el ejercicio de facultades.

a) Requisitos

Gómez-Ferrer Sapiña (s. f.) Cita los siguientes requisitos que describen la jurisdicción voluntaria:

- Voluntariedad para las partes, no para el magistrado: El vocablo

«voluntaria» no alude a que el magistrado, por propia voluntad, pueda conceder o negar su participación, porque esta constituye un deber cuando la participación del magistrado se ejerce entre personas que espontánea y voluntariamente reclaman su intervención y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado, sin que del mismo se derive un perjuicio para los derechos de terceras personas.

- Ausencia de conflicto de intereses entre las partes: No hay un conflicto de intereses entre las partes, sino que el magistrado se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica; vale decir, que la actividad del magistrado consiste sólo en recibir y sancionar con su presencia las declaraciones y la postura pasiva de las partes, suponiendo todo ello una especie de control de legalidad de la actuación del concurrente o de los concurrentes.
- Asesoramiento de las partes: No existiendo partes adversas, la participación del magistrado consistía, incluso en los tiempos más antiguos, en el asesoramiento de los concurrentes.

b) Naturaleza Jurídica

Según Bollini (1997), es dudoso que pueda atribuirse a los actos agrupados bajo la denominación de jurisdicción voluntaria, el carácter de una verdadera jurisdicción, y así lo ha entendido la mayoría de la doctrina moderna. Se trata de una materia incierta y discutida, en su función, en su finalidad, y en su denominación.

Aparece por primera vez en un pasaje de las *Instituciones*, de Marciano en el Digesto: “Todos los procónsules tan pronto han salido de la urbe tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que ante ellos puedan ser emancipados tanto los libres como también los esclavos y se puedan hacer adopciones” (p.426).

Esta materia es particularmente importante para el notario, puesto que la individualización y concreción del derecho se realiza tanto o más por la decisión jurisdiccional, por el negocio jurídico, que en su forma instrumental autoriza y legitima el funcionario público. Es una categoría de procedimientos especiales que se diferencian de los contenciosos, por el solo hecho de que no existe contradicción; este procedimiento no tiene un campo circunscripto dentro del derecho civil, pues se extiende a todo él.

El requisito indispensable para realizar alguno de estos trámites ante notario público es el consentimiento unánime de todos los interesados. Si alguna de las partes en cualquier momento de la tramitación manifiesta su desacuerdo, el notario deberá suspender inmediatamente su actuación. En tal caso, debido al carácter contencioso que asume al trámite, a la aparición del conflicto, el juez deberá conocer y tramitar el proceso. En los casos en los que los efectos puedan modificarse, como el nombramiento de un administrador, se podrá seguir el mismo trámite siempre que los interesados manifiesten su consentimiento unánime.

El Estado peruano tiene como política desjudicializar determinados asuntos conocidos antes de manera exclusiva por el Poder Judicial; en base a dicha decisión, hoy, ante las Notarías, se tramitan los asuntos no sometidos a controversia contemplados en Ley N° 26662 "Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos", así como los que han sido incluidos en la Ley N° 27333 vinculados a la regularización de edificaciones, la Ley N° 29227 referida al divorcio notarial y la Ley N° 29560 que regula el reconocimiento de las uniones de hecho y la convocatoria a junta obligatoria anual.

Se pueden tramitar en sede notarial los siguientes asuntos no

contenciosos:

- Sucesiones intestadas (antes llamada Declaratoria de Herederos)
- Rectificaciones de partidas.
- Apertura de testamentos cerrados.
- Adopción de personas capaces.
- Inventario de bienes.
- Constitución del patrimonio familiar.
- Prescripción adquisitiva de dominio
- Formación de títulos supletorios.
- Rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas.
- Divorcios.
- Reconocimiento de Uniones de Hecho.
- Convocatoria a junta obligatoria anual y a junta general.

La Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, la cual fue creada inicialmente sobre este tipo de procesos, generó polémica, debido al cuestionamiento de su

constitucionalidad, referida a la factibilidad de que un Notario pudiera conocer asuntos que inveteradamente le estaban reservados a los magistrados de los juzgados de paz letrados y primera instancia especializados en asuntos civiles; tenía entre sus principales sustentos la realidad judicial presentada sobre la morosidad en la solución de asuntos que careciendo de contención, demandaban un tiempo igual y hasta mayor que la solución de asuntos contenciosos.

Asimismo, la Ley 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, promulgada el 17 de mayo de 2008, permite tramitar el divorcio directamente ante una Notaría o Municipio y ya no sólo ante el Poder Judicial, como ocurría anteriormente. La ley ha sido diseñada para obtener el divorcio ante estas instituciones en un plazo aproximado de tres meses cuando hay un acuerdo entre los cónyuges; es decir, no existe litigio entre ambos, sin que sea necesario probar las razones del divorcio, puesto que no existe cónyuge culpable o inocente, provocando un descongestionamiento en el ámbito judicial, y resaltando que las Notarías y Municipios tienen competencia suficiente para este proceso.

En tal sentido, los procesos no contenciosos tramitados ante notario tienen las siguientes características en común:

- Están sujetos a un sistema de numerus clausus; es decir, Notario sólo se le pueden someter a su conocimiento los asuntos señalados en la ley.
- El interesado tiene la facultad de opción referida a que el asunto no contencioso de su interés sea conocido por un Juez o un Notario.
- El inicio, prosecución y final de los asuntos, que se someten al Notario, presuponen el consentimiento de los interesados y terceros involucrados en ellos.
- Rige el principio de la escrituración.
- Impera el principio de la defensa cautiva.
- Los vacíos de hecho presentados en su texto, serán suplidos por la Ley del Notariado y por el Código Procesal Civil.
- La publicidad como criterio general en el trato de los asuntos contemplados en la ley.
- El Notario no tiene capacidad decisoria en los asuntos no contenciosos.

Por ello, la competencia del notario es actividad sancionadora que imprime legalidad, fehaciencia y autenticidad; autorizante e impone fe pública; una potestad sancionadora de Derechos mediante el ejercicio de la Fe Pública agregada a la cual, se adiciona una labor jurídico-profesional, ambas las cuales van a producir el documento público notarial.

2.3.3 Jurisdicción Voluntaria en el Perú

La décimo Sexta Política del Estado, establece el fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud. Desde este punto, el Estado fortalece la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y de los derechos de todos sus integrantes.

Con el objetivo señalado por el Estado debe garantizar programas educativos orientados a la formación de la familia estable, basadas en el respeto de sus integrantes. La protección de la familia empieza por la promoción del matrimonio entendido desde el punto de vista religioso, en épocas pasadas como una institución santa. Se consideraba anteriormente que no era bueno para el hombre estuviera solo y para que

la especie humana continúe, el esposo y la esposa recibieron el llamado de aumentar y multiplicarse, de llenar la tierra y dominarla.

Este concepto ha evolucionado manteniendo algunos principios e introduciendo en el lenguaje jurídico el matrimonio como la roca básica en la construcción de la sociedad.

A pesar de los nobles principios del matrimonio y su promoción del Estado, las parejas por diversos factores culturales, sociales, y económicos no han formalizado su “unión matrimonial”, perjudicando el fortalecimiento de la familia y generando serias secuelas y pérdida de derechos que generan el matrimonio civil, como el derecho a la sucesión y el derecho pensión de viudez.

El estado debería brindar facilidades a quienes viven en aparente matrimonio (relación concuencial) para formalizar su matrimonio.

Como reflexión en la actualidad está vigente el denominado matrimonio notarial que tienen los notarios para resolver el matrimonio, previamente cumpliendo una serie de requisitos señaladas en ley. En

consecuencia, si se puede resolver un acto jurídico o acto administrativo es lógico que los notarios puedan celebrar el acto que puedan resolver.

Esta tesis propone que miles de parejas convivientes formalicen y regularicen su situación de estado civil. El Proyecto respeta el principio de publicidad a través de avisos en el local de los notarios y juzgados para avizorar alguna oposición al matrimonio

Según el artículo 2 de la ley N° 26002, ley del notariado, EL NOTARIO es el profesional del Derecho está autorizado para dar fe a los actos y contratos que 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 la ley de la materia, por lo tanto la propuesta es concordante con lo redactado.

Lo que se propone es buscar facilitar la celebración del matrimonio y facilitar su celebración sin desnaturalizar esta institución para la voluntad común de muchas parejas sin que la normatividad legal sea un obstáculo de difícil concreción en sus aspiraciones

Se concluye que el conocimiento general de las personas, es el de que el matrimonio es, la Unión de un hombre y una mujer establecido en la ley; que existe desconocimiento de los requisitos para la celebración del matrimonio civil, a la vez que los encuestados ignoran cual es el trámite para la celebración del matrimonio civil, o ante qué autoridad se celebra el mismo.

El trámite para la celebración del matrimonio en el Registro Civil tiene una duración mínimo de veinte días; considerándose que el tiempo para el matrimonio civil, es muy demorado, a la vez que indican que el matrimonio civil en el Perú no puede ser celebrado ante un notario; y que las personas encuestadas sí contraerían matrimonio civil en una Notaría, indicándose a la vez, que los documentos a presentarse en la notaria para el matrimonio civil serían los mismos que en el Registro Civil, ya que de este acto legal, es decir, el matrimonio civil en una notaría debería tener los mismos efectos legales que el matrimonio celebrado ante el Juez de matrimonios del Registro Civil, por lo que se consolidaría y daría forma, legalidad y protocolo a la voluntad de las partes a la vez que se considera que el trámite del matrimonio civil, ante

un Notario/a debería ser más ágil para la aplicación del principio de celeridad procesal.

El matrimonio es una institución regulada por el Código Civil pero que está bajo el título de Derecho de Familia, pues una vez celebrado el matrimonio, que es la unión voluntaria de un hombre y una mujer aptos para ella y que se obligan a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores, conforme señalan los artículos 234 y 235 del Código Civil, los contrayentes no podrán apartarse de los efectos de la institución, porque el matrimonio está regido por un conjunto de normas jurídicas que establecen derechos y deberes entre los cónyuges y relaciones internas y externas de la sociedad conyugal, como son parentesco, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios.

Matrimonio es la institución jurídica que constituye la base fundamental en la que se asienta la estructura y consolidación de las sociedades en la actualidad. Independientemente de sus valores, costumbres, prácticas y tradiciones, de una u otra forma, las civilizaciones pasadas y presentes constituyeron formas para regular la unión del hombre y la mujer para formar una familia y conferir a esa unión, la solidez

y garantía de estabilidad social y culturalmente aceptable para asegurar su permanencia en el tiempo.

En este trabajo de investigación se considera conveniente trasladar la competencia de la celebración del matrimonio civil, al Sistema Notarial, con un claro propósito de mejorar y dinamizar esta institución jurídica que ha ido desgastándose con el pasar el tiempo, no solamente por los inconvenientes burocráticos de la realización de la ceremonia, sino además por un problema cultural que debiera ser recuperado utilizando estrategias que revaloricen al matrimonio como base la constitución de las familias peruanas.

La finalidad práctica de esta propuesta se orienta al ahorro de tiempo, disminuyendo la burocratización del ente responsable, la descentralización de competencias para desconcentrar funciones del trámite para la celebración de matrimonios en el Registro Civil y la estandarizados del trámite en la celebración del matrimonio, la optimización y solemnidad de ambientes que deben ser adecuados expresamente para satisfacer la necesidad de los usuarios, entre otros argumentos que pueden ser positivos para la sociedad.

Asimismo, se debe tener en cuenta que los Notarios cuentan con un importante soporte tecnológico en sus Notarías, que va desde la interconexión en línea, la identificación dactilar de los usuarios a través de sistemas digitales, hasta la firma notarial digital, lo que originará que las Actas de Matrimonio Notarial puedan ser ubicadas en una Base de Datos Digital, y en Línea, la que podrá ser actualizada en forma permanente e instantánea, evitándose con ello información falsa o el intento de fraude. Esta centralización electrónica de la información impedirá la informalidad en el acto matrimonial, aspecto que en la actualidad genera problemas.

2.4 Derecho Comparado

El Matrimonio Civil ante notario se celebra en diferentes países, regulado en sus leyes, como:

2.4.1 Matrimonio Civil en Colombia

El título IV del Código Civil, de la vecina república de Colombia, Del Matrimonio, contiene las siguientes disposiciones:

Artículo 113. Definición. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Artículo 115. Constitución y perfección del matrimonio. El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos. (Código Civil Colombia, 2013)
Incisos adicionados por el artículo 1o. de la Ley 25 de 1992: Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.

Los acuerdos de que trata el inciso anterior sólo podrán celebrarse las confesiones religiosas e iglesias que tengan personería jurídica, se inscriban en el registro de entidades religiosas del Ministerio de Gobierno, acrediten poseer disposiciones sobre el régimen matrimonial que no sean

contrarias a la Constitución y garanticen la seriedad y continuidad de su organización religiosa.

Decreto 2668 de 1988, por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público, en su parte pertinente señala:

Art. 1.- Sin perjuicio de la Competencia de los Jueces Civiles Municipales, podrá celebrarse ante Notario el matrimonio civil, el cual se solemnizará mediante escritura pública con el lleno de todas las formalidades que tal instrumento requiere. El matrimonio se celebrará ante el Notario del Círculo del domicilio de la mujer.

Los menores adultos celebrarán el matrimonio con el permiso de sus representaciones legales, en la forma prevista por la Ley.

Art. 2.- En la solicitud, que deberá formularse por escrito y presentarse personalmente ante el Notario por ambos interesados o sus apoderados, se indicará:

a) Nombres, apellidos, documentos de identidad, lugar de nacimiento, edad, ocupación y domicilio de los contrayentes y

nombre de sus padres;

- b) Que no tienen impedimento legal para celebrar matrimonio, y
- c) Que es de su libre y espontánea voluntad unirse en matrimonio.

Cuando los interesados pretendan legitimar a sus hijos extramatrimoniales comunes no reconocidos, deberán designarlos en la solicitud.

Art. 3.- Al escrito a que se refiere el artículo anterior, los pretendientes acompañarán copias de los registros civiles de nacimiento, válidos para acreditar parentesco, expedidas con antelación no mayor de un (1) mes a la solicitud del matrimonio.

Si de segundas nupcias se trata, se acompañarán además el registro civil de defunción del cónyuge con quien se estuvo unido en matrimonio anterior a los registros civiles donde conste la sentencia de divorcio o de nulidad o de dispensa pontificia, debidamente registrada y un inventario solemne de bienes, en caso de existir hijos de precedente matrimonio, en la forma prevista por la Ley.

Art. 4.- Modificado, art. 1, D. 1556 de 1989: "El artículo 4 del Decreto-ley 2668 de 1988, quedará así: Presentada la solicitud con

el lleno de todos los requisitos legales, el Notario hará fijar un edicto por el término de cinco (5) días hábiles, en la secretaría de su despacho, en la que se hará constar el nombre completo de los contrayentes, documentos de identidad, lugar de nacimiento y vecindad.

Si el varón es vecino de municipio de distinto círculo notarial, o si alguno de los contrayentes no tiene seis (6) meses de residencia en el círculo, se procederá en la forma prevista en el artículo 131 del Código Civil. En este caso, el notario primero del círculo fijará el nuevo edicto por el término de cinco (5) días.

El extranjero que no se encuentre domiciliado en Colombia y desee contraer matrimonio civil ante notario, deberá presentar para tal fin, el registro civil de nacimiento y el certificado donde conste su estado de soltería, o sus equivalentes. Estos documentos deberán tener una vigencia inferior a tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su expedición.

Art. 5. - Vencido el término de que trata el artículo anterior, desfijado el edicto y agregado a la solicitud, se procederá al otorgamiento y

autorización de la escritura pública con la cual quedará perfeccionado el matrimonio.

Art. 6. - En la escritura que contenga el contrato matrimonial se expresará el nombre, apellido e identidad de los contrayentes, 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 éste, 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, éste leerá personalmente la escritura, y será suscrita por los intervinientes y el Notario en un solo acto.

Art. 7.- Autorizada la escritura, se procederá a efectuar la inscripción en el registro civil.

Así mismo, el notario, a costa de los interesados, Así mismo, el notario, a costa de los interesados, comunicará

telegráficamente, el mismo día o, a más tardar al 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.

Colombia ya está aplicando en su legislación, la asignación de competencias específicas para los notarios públicos para la inscripción y registro del matrimonio civil en su territorio, pero específicamente asigna la jurisdicción notarial, el domicilio de la mujer.

2.4.2 Matrimonio Civil en Costa Rica

En Costa Rica, el matrimonio se realiza de dos maneras: civil y católico.

El matrimonio civil es aquel celebrado ante:

- Una Autoridad competente para celebrarlo, o
- Ante Notario Público.

Autoridad competente, conforme con el artículo 24 del Código de Familia, lo es un Juez Civil o un Alcalde Civil, o el Gobernador de la Provincia, éstos, del domicilio o jurisdicción en la cual cualquiera de los

contrayentes hubiera habitado en los tres meses anteriores al matrimonio. Si en el cantón donde se desea celebrar el matrimonio, no existen las autoridades mencionadas, podrá celebrarse ante el Delegado Cantonal de la Guardia de Asistencia Rural.

En la legislación costarricense, de acuerdo con lo señalado en el Código de Familia, el matrimonio se celebra ante un Juez Civil, un Alcalde Civil, el Gobernador de la Provincia e incluso ante el Delegado Cantonal de la Guardia de Asistencia Rural del domicilio que cualquiera de los contrayentes hubiera declarado en los últimos tres meses anteriores a la celebración.

En cuanto a los Notarios Públicos, están autorizados para celebrar matrimonios en cualquier lugar del territorio nacional, aunque no sea en el domicilio de los contrayentes ni en el del Notario.

Es evidente que en Costa Rica, el matrimonio está ampliamente difundido y puede realizarse ante varias autoridades que son competentes según su legislación. En el caso de los Notarios Públicos, parecen tener aún más competencia para celebrarlo puesto que ni siquiera están limitados por la jurisdicción como en el caso de las demás autoridades que sí limitan su competencia.

El matrimonio católico es aquél que se celebra por un sacerdote católico y en la ceremonia respectiva. Este matrimonio debe ser inscrito en el Registro Civil, de la misma manera que el matrimonio civil, surte los mismos efectos que éste, y puede sustituirlo, es decir, que la pareja que se casa por la Religión Católica ha quedado a la vez casada por la vía civil, ya que el matrimonio religioso basta por sí solo.

En cuanto a las religiones que no sean la Católica, Apostólica y Romana, en vista de que sus representantes no están legitimados para celebrar matrimonios, deben los contrayentes primero acudir a una Autoridad competente o ante un Notario Público para celebrar el matrimonio civil, y luego celebrar la ceremonia de su respectiva comunidad religiosa, la cual solo vale para efectos de cumplir requisitos de su fe.

También en la legislación costarricense se reconoce competencia para regularizar el matrimonio mediado por la iglesia católica y que debe ser inscrito en el Registro Civil. Una situación muy especial en este caso se produce porque la ceremonia religiosa basta por sí sola.

El matrimonio debe hacerse constar en un acta, la cual contendrá el día, hora y lugar en que se celebra el acto; el nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, edad, ocupación, número de cédula o de identificación en el caso de extranjeros, domicilio exacto, nombre de los padres y nacionalidad, de cada uno de los contrayentes. A la vez, el nombre, apellidos, estado civil, ocupación, número de cédula y domicilio de los testigos, que siempre deben ser dos, escogidos libremente por los contrayentes, que pueden ser parientes de ellos o no, y que lo importante es que sean mayores de edad y que sepan leer y escribir.

Esta acta deberá ser firmada por los contrayentes, los testigos y la autoridad, Notario o sacerdote que haya celebrado el matrimonio.

La función de los testigos, es declarar en el acto del matrimonio ante el celebrante, y bajo fe de juramento, que las personas que están contrayendo matrimonio no tienen impedimento para contraerlo, esto es, que están en libertad de estado para ello; y que gozan además de las facultades mentales y morales para ese acto.

El estado civil de los contrayentes, en todo caso, además de la

declaración expresa de los testigos, deberá demostrarse previamente ante el celebrante, por medio de certificaciones expedidas por el Registro Civil, las que deberán tener en su poder antes del matrimonio, y adjuntarlas al acta cuando la envíe al Registro Civil.

En tal acta ha de quedar constancia que los contrayentes han expresado ante la Autoridad que los casa, su voluntad de unirse en matrimonio, y que, en virtud de ello, el funcionario los ha declarado marido y mujer. A esta voluntad que expresan los contrayentes en el acto del matrimonio, se le llama "consentimiento".

Dentro de los ocho días posteriores a la celebración del matrimonio, la autoridad que lo celebre deberá enviar el acta respectiva para su inscripción al Registro Civil. El incumplimiento de ello acarrea sanción al funcionario ante el cual se haya celebrado el acto.

Es a partir de la inscripción del acta matrimonial en el Registro Civil, que el matrimonio surte todos los efectos civiles desde su celebración

Un matrimonio que se celebre por quien no está autorizado para ello, es anulable y no surte ningún efecto legal, entendiéndose que están

autorizados para casar: los Sacerdotes católicos, Jueces y Alcaldes Civiles, Gobernadores de Provincia, Delegados Cantonales de Asistencia Rural y Notarios Públicos. (De Chavarría, 1990, págs. 45-46)

Con más o menos diferencia entre legislaciones, el matrimonio es una institución jurídica que se aplica en todas las sociedades. La ceremonia civil es la regla general con la intervención un funcionario del Registro Civil.

2.5 Glosario de Terminos

Los conceptos técnico-jurídicos que se manejan en la investigación, entre otros, son:

- **Acta Notarial:** son documentos públicos, que a petición de parte, el Notario/a los redacta y autoriza, siguiendo un debido proceso, que se asemeja a los procedimientos previstos en el ámbito judicial y cuya esencia constituye la presencia y conocimiento de los hechos por parte del Notario.

- **Acto Notarial:** Acto notarial público es la narración del notario que tiene por objeto el comportamiento humano o el acontecer de la naturaleza, jurídicamente relevantes, o sus resultados materiales (modificación del mundo exterior), percibidos y narrados de manera coetánea para dotarlos de autenticidad.
- **Ámbito Notarial:** Es el espacio geográfico donde se lleva a cabo el desempeño de las labores de un notario, está determinada por la localización distrital que ley le confiere.
- **Competencia:** Es el límite de la jurisdicción (todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos son competentes para conocer y resolver determinados asuntos), lo cual significa que la facultad del juez de resolver mediante la aplicación de la ley los conflictos sometidos a su conocimiento, está restringida por la competencia. Así se establece en las siguientes formas: Por el territorio; por la materia; por el grado; por las personas.
- **Contrato:** Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

- **Derecho Notarial** Es la especialidad derivada del derecho público denominada conjunto de sistemas que estudian las relaciones jurídicas que resultasen de la expresión de voluntades en la formalización de actos y/o contratos, con la intervención de un funcionario de origen público con carácter privado, denominado notario.
- **Escritura Pública:** es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo. Y además expresa que se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados.
- **Fe Pública:** Confianza, veracidad, atribuida a diversos funcionarios (notarios, secretarios judiciales, cónsules), sobre hechos, actos y contratos en los que interviene.

- **Jurisdicción:** Es una función soberana del Estado, que se desarrolla a través de todos esos actos de autoridad encaminados a solucionar un litigio mediante la aplicación de la ley general al caso concreto controvertido. La culminación de la función jurisdiccional es la sentencia, y la opinión dominante en la doctrina sostiene el carácter jurisdiccional de esta última.
- **Jurisdicción voluntaria:** La expresión "jurisdicción voluntaria", sigue siendo sumamente utilizada y con ella se quiere aludir a una serie de gestiones o de tramitaciones, en las cuales no hay litigio y que se desenvuelven o desarrollan frente a un órgano judicial, cuya intervención obedece a una petición de algún sujeto de derecho, y que tiene por objeto examinar, certificar, calificar o dar fe de situaciones.
- **Matrimonio:** es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

- **Notario Público:** El notario es un profesional del derecho especialmente habilitado para dar fe de los actos y contratos que otorguen o celebren las personas, de redactar los documentos que los formalicen y de asesorar a quienes requieran la prestación de su ministerio.
- **Persona:** Se da el nombre de *sujeto*, o *persona* a todo ente capaz de tener facultades y deberes. Las personas jurídicas divídanse en dos grupos: físicas y morales. El primer término corresponde al sujeto jurídico individual, es decir, al hombre, en cuanto tiene obligaciones y derechos; se otorga el segundo a las asociaciones dotadas de personalidad (un sindicato o una sociedad mercantil, por ejemplo). Como ambas designaciones son ambiguas, preferimos decir, *persona jurídica individual* y *persona jurídica colectiva*.
- **Registro Civil:** Es un servicio público, encargado de dejar constancia de los hechos o actos relativos al estado civil de las personas naturales.

- **Voluntad:** Consiste en el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos.

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO

3.1 Tipo y Diseño de la Investigación

La investigación realizada es de tipo aplicada, socio - jurídica, porque su propósito principal es comprender una realidad que se puede cambiar para la Celebración del matrimonio en acta notarial y la garantía de la aplicación del principio de celeridad procesal para dotar al notario Público la facultad de celebrar matrimonio civiles en favor del interés de los contrayentes.

Diseño Mixto porque se trata de un estudio eminentemente cualitativo puesto que se analizarán hechos y consecuencias de un fenómeno socio jurídico, cada uno de sus factores, para establecer los beneficios sociales que el mismo acarrea, partiendo de criterios profesionales especializados e investigaciones relativas al tema, analizando pormenorizadamente la realidad objetiva, profundizando su factibilidad legal para fortalecer la

institución jurídica del matrimonio civil en el Perú y las autoridades competentes para solemnizarlo

3.2 Población y Muestra

En el trabajo investigativo referente al “Matrimonio Civil ante Notario Público en el Perú” se contará con una población basada en los contrayentes del Registro Civil de la Municipalidad de Tacna, cuya población está compuesta por los 335 matrimonios tramitados por el Registro Civil de la Municipalidad Provincial de Tacna llevados a cabo durante el año 2015 (INE1, 2016, pág. 200); se estima que el grupo de interés de la población local, que contribuirán de manera significativa con datos e información fidedigna sobre la problemática planteada.

- Para calcular el tamaño de la muestra suele utilizarse la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N\sigma^2 Z^2}{(N - 1)e^2 + \sigma^2 Z^2}$$

Donde:

n = el tamaño de la muestra.

N = tamaño de la población.

σ = Desviación estándar de la población que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor constante de 0,5.

Z = Valor obtenido mediante niveles de confianza. Es un valor constante que, si no se tiene su valor, se lo toma en relación al 95% de confianza equivale a 1,96 (como más usual) o en relación al 99% de confianza equivale 2,58, valor que queda a criterio del investigador.

e = Límite aceptable de error muestral que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor que varía entre el 1% (0,01) y 9% (0,09), valor que queda a criterio del encuestador.

Aplicando la población

$$n = \frac{338 \cdot 0,5^2 \cdot 1,96^2}{0,05^2(338-1) + 0,5^2 \cdot 1,96^2} = 179 \text{Contrayentes}$$

Con un nivel de confianza del 95% y con un margen de error del 5%, en consecuencia será 189 las personas encuestadas a aplicar para verificar el tamaño de la muestra

3.3 Operacionalización De Variables

A. MATRIZ DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTOS	ESCALA VALORATIVA
INDEPENDIENTE X= Modificar El Código Civil Para Otorgar Competencia A Los Notarios Públicos,	Derecho Civil Derecho de Familia Derecho Constitucional	Contrato Sociedad Conyugal Familia Constitucional	Encuesta	1. Muy de Acuerdo 2. De acuerdo 3. Indiferente 4. En desacuerdo 5. Muy en Desacuerdo
	Notario Publico	Autoridad Competente Fe Publica Notarial	Entrevistas	1. Muy de Acuerdo 2. De acuerdo 3. Indiferente 4. En desacuerdo 5. Muy en Desacuerdo
	Institución del Matrimonio	Inexistencia del Matrimonio Notarial Jurisdicción Voluntaria.	Encuesta	1. Muy de Acuerdo 2. De acuerdo 3. Indiferente 4. En desacuerdo 5. Muy en Desacuerdo
	Procedimiento Matrimonio ante Notario	Tramite Administrado Matrimonial instrumento Publico Notarial Proceso No Contencioso	Encuesta	1. Muy de Acuerdo 2. De acuerdo 3. Indiferente 4. En desacuerdo 5. Muy en Desacuerdo

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTOS	ESCALA VALORATIVA
		Capacidad de los contrayentes Libre elección entre		
DEPENDIENTE Y=Facilitar El Acceso A Contraer Matrimonio Notarial	Autonomía de la Voluntad de las partes	Libertad persona Decisión común Hombre y mujer	Encuesta	1. Muy de Acuerdo 2. De acuerdo 3. Indiferente 4. En desacuerdo 5. Muy en Desacuerdo
	Principios Constitucional y del Derecho Civil	Principio Celeridad Procesal Principio Libertad Contractual Seguridad Jurídica	Entrevistas	1. Muy de Acuerdo 2. De acuerdo 3. Indiferente 4. En desacuerdo 5. Muy en Desacuerdo

Fuente: Elaboración propia

3.4 Técnicas e instrumentos para la recolección de Datos

Para efectuar la recolección de información relevante y objetiva, que favorezca al tema de investigación se emplearon las siguientes técnicas:

- Técnica de la encuesta para indagar la opinión acerca de las variables: a través de la cual se obtienen informaciones de la fuente del problema y su posible solución, la cual se realizará a los futuros contrayentes ciudad de Tacna.
- Técnica de procesamiento de datos para procesar las deducciones de las personas entre abogados y usuarios dentro del ámbito de la Provincia de Tacna.
- Técnica del Fichaje para registrar la búsqueda de bases teóricas del estudio.
- Técnica de Opinión de expertos para aprobar la encuesta cuestionario.

Como instrumentos tendremos:

Se utilizara encuesta y la entrevista, a través de la cual se obtienen informaciones de la fuente del problema y su posible solución, la cual se realizará a los futuros contrayentes ciudad de Tacna.

Brindará un aporte significativo para examinar y convertir todos y cada uno de los datos obtenidos, para filtrar la información válida y confiable que sirva para estructurar de manera correcta la investigación. Por lo tanto, determinará los elementos constitutivos del problema; y mediante diferentes técnicas de campo como son: la encuesta, la entrevista y cuestionarios, el estudio desembocará en las respuestas a las necesidades sociales y en la factibilidad de celebrar matrimonio civil ante Notario Público.

3.5 Procesamiento y Análisis de Datos

Es la etapa más importante de la investigación debido a que se analizará, partiendo de los datos obtenidos y a través de la aplicación de las herramientas adecuadas, las estadísticas que surgirán del estudio, para lo cual se tomará en cuenta los diferentes tipos de investigaciones que se describe a continuación:

Investigación Documental.- Partiendo de documentos e información significativa para la investigación y el estudio pertinente que se realice

sobre los mismos, se determinará el motivo por el cual se genera el problema planteado.

Investigación de Campo.- El objetivo primordial de ésta se enmarca en la obtención de información fehaciente sobre la realidad en relación al matrimonio civil como institución jurídica y la posibilidad legal de celebrarlo ante fedatario público como es el Notario; y éste se llevará a cabo a través de encuestas y entrevistas, y su estudio acertado determinará la factibilidad del problema planteado.

CAPITULO IV

ANALISIS DE RESULTADOS

4.1 Resultados de la encuesta aplicada a la población usuaria de las Notarías y del Registro Civil de las Municipalidad Provincia de Tacna.

En el mes de diciembre del año 2016 se aplicaron las encuestas dirigidas a las personas de la ciudad de Tacna, comprendidas entre las personas mayores de edad compuesta por 179 contrayentes, mismos que permitieron el levantamiento de información.

Se indicó en forma detallada a todas las personas encuestadas sobre cada pregunta que se expone en el cuestionario, mismo que fueron aceptadas y los datos obtenidos fueron muy confiables.

Pregunta 1:

¿Considera que el matrimonio celebrado en el registro civil (municipalidad), otorga seguridad y legalidad a la unión matrimonial?

Tabla 1: La Seguridad del Matrimonio Notarial

PREGUNTA	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Muy De acuerdo	130	73%
	De acuerdo	26	15%
	Indiferente	0	0%
	En desacuerdo	15	8%
	Muy en Desacuerdo	8	4%
	TOTALES		179

Fuente: Encuesta

En la opinión del 73% de los encuestados, responden estar de muy acuerdo con en el matrimonio civil celebrado en el Registro Civil, confiere seguridad y legitimidad a la unión matrimonial. En el marco jurídico peruano, actualmente las personas contraen matrimonio exclusivamente en el Registro Civil, por lo que es lógico que la sociedad en general tenga confianza en la institución jurídica del matrimonio tal y como se celebra actualmente.

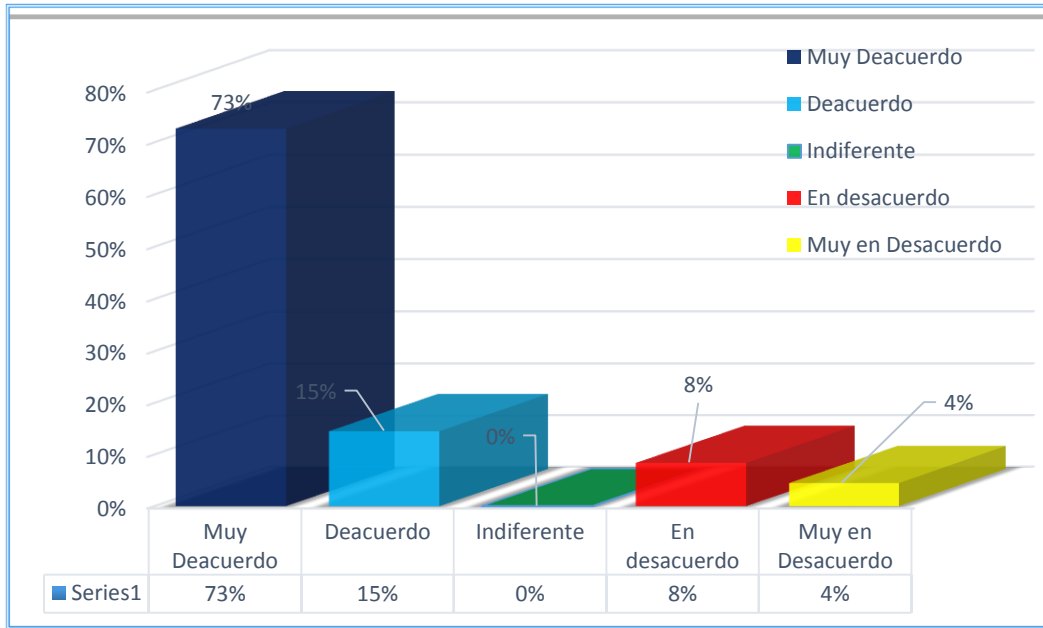


Figura 1: La Seguridad del Matrimonio Notarial

Fuente: Tabla 1

Pregunta 2:

¿Está de acuerdo con los requisitos y el trámite para contraer matrimonio civil?

Tabla 2: Requisitos en el matrimonio civil

PREGUNTA	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
2	Muy De acuerdo	57	32%
	De acuerdo	19	11%
	Indiferente	0	0%
	En desacuerdo	79	44%
	Muy en Desacuerdo	24	13%
	TOTALES		179

Fuente: Encuesta

Al preguntar a los encuestados por los requisitos del matrimonio, existen una discrepancia 32% está muy de acuerdo y un 44% en desacuerdo con los requisitos y tramite, en consecuencia se determina que no hay un conocimiento general de los requisitos para la celebración del matrimonio civil.

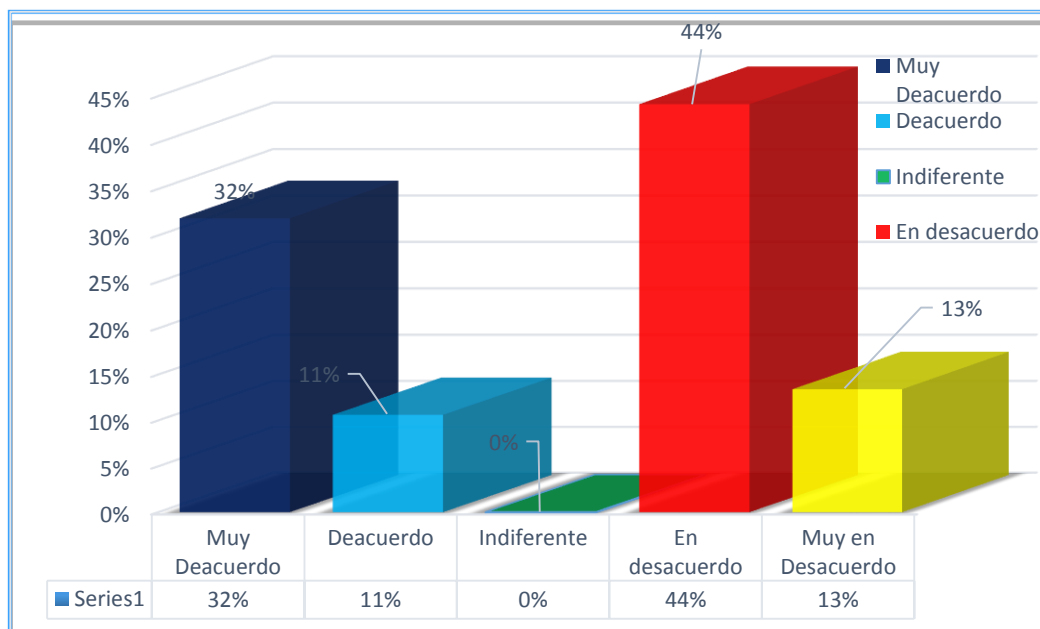


Figura 2: Requisitos en el Matrimonio Civil

Fuente: Tabla 2

Pregunta 3

¿Estima usted, que la Oficina de Registro Civil de la Municipalidad de Tacna proporciona un servicio rápido y oportuno para la celebración del matrimonio civil?

Tabla 3: Matrimonio en la Municipalidad de Tacna

PREGUNTA	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
3	Muy De acuerdo	40	22%
	De acuerdo	21	12%
	Indiferente	2	1%
	En desacuerdo	69	38%
	Muy en Desacuerdo	49	27%
	TOTALES		181

Fuente: Encuesta

Se infiere que Jefes de Registro Civil de las diferentes municipalidades de la ciudad de Tacna no brinda un servicio rápido y oportuno para la celebración del matrimonio civil, los encuestados se muestran un 38% desacuerdo y 27% muy desacuerdo, lo que en ocasiones vulnera los intereses de los contrayentes.

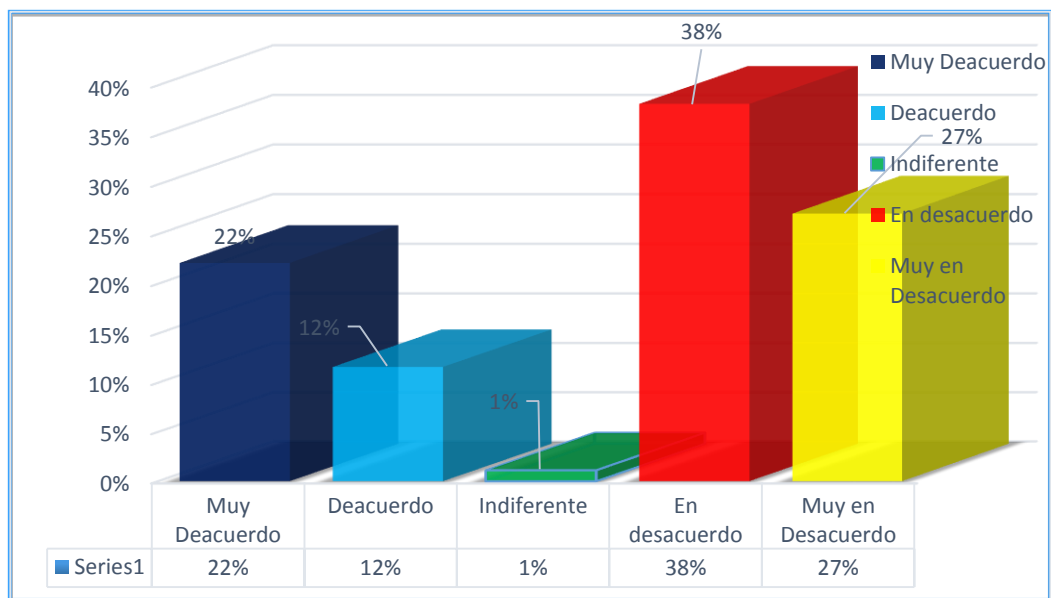


Figura 3: El matrimonio en la Municipalidad de Tacna

Fuente: Tabla 3

Pregunta 4:

¿Ud. Estaría dispuesto a contraer matrimonio civil en Una Notaría?

Tabla 4: Matrimonio civil en sede Notarial

PREGUNTA	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
4	Muy De acuerdo	111	59%
	De acuerdo	21	11%
	Indiferente	0	0%
	En desacuerdo	34	18%
	Muy en Desacuerdo	23	12%
	TOTALES		189

Fuente: Encuesta

Del total de personas encuestadas 189, un porcentaje del 59%, asienten estar muy de acuerdo ósea que sí estarían dispuestos en contraer matrimonio en una Notaría ya que el trámite sería más ágil y elegirían la Notaría donde contraer matrimonio civil.

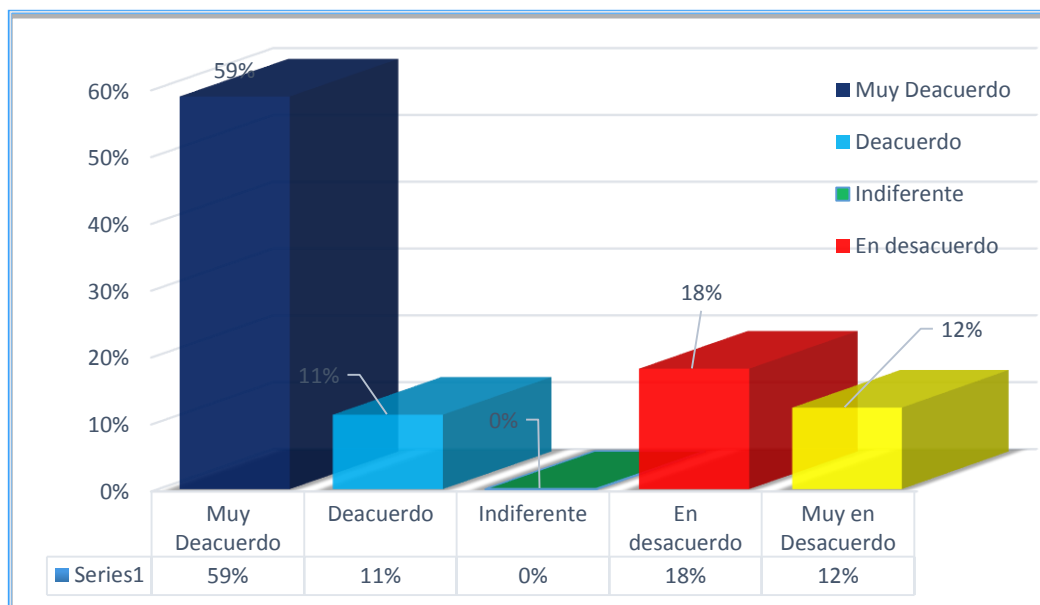


Figura 4: El matrimonio en sede Notarial

Fuente: Tabla 4

Pregunta 5:

¿Cree usted que celebrar el matrimonio ante notario público y no en el Registro Civil, tiene el mismo efecto, garantía y solemnidad ante el proceso actual?

Tabla 5: Garantía del Matrimonio Notarial

PREGUNTA	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
5	Muy De acuerdo	109	58%
	De acuerdo	23	12%
	Indiferente	0	0%
	En desacuerdo	39	21%
	Muy en Desacuerdo	18	10%
	TOTALES		189

Fuente: Encuesta

Un alto porcentaje como el 58% de los usuarios del Registro Civil de la ciudad de Tacna está Muy de acuerdo con celebrar el matrimonio ante notario público y no en el Registro Civil, tiene el mismo efecto, garantía y solemnidad que en el proceso actual. Analizando la respuesta más relevante de los usuarios se puede interpretar que la posibilidad de una reforma que confiera a los Notarios Públicos para celebrar matrimonios civiles tendría aceptación de la ciudadanía.

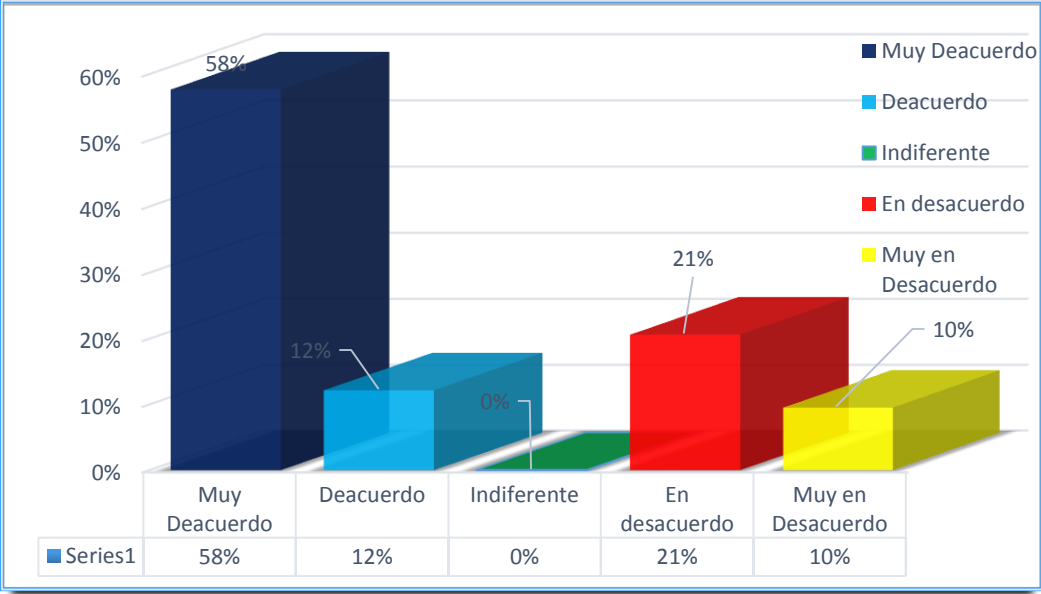


Figura 5: Garantía del Matrimonio Notarial

Fuente: Tabla 5

Pregunta 6

¿Cree usted, que al otorgarle la facultad al Notario para celebrar el matrimonio civil cumplirá con todas la garantías como la oficina del registro civil?

Tabla 6: Facultad notarial para celebrar Matrimonio Civil

PREGUNTA	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
6	Muy De acuerdo	91	48%
	De acuerdo	49	26%
	Indiferente	0	0%
	En desacuerdo	39	21%
	Muy en Desacuerdo	10	5%
	TOTALES		189

Fuente: Encuesta

De las 189 personas encuestadas por un amplio porcentaje , como el 48% está muy de acuerdo y un 26% está de acuerdo, en consecuencia manifiestan afirmativamente que estarían de acuerdo el trámite del matrimonio civil en Notaria, sería más ágil que en el Registro Civil, frente a 21% personas que indican su desacuerdo.

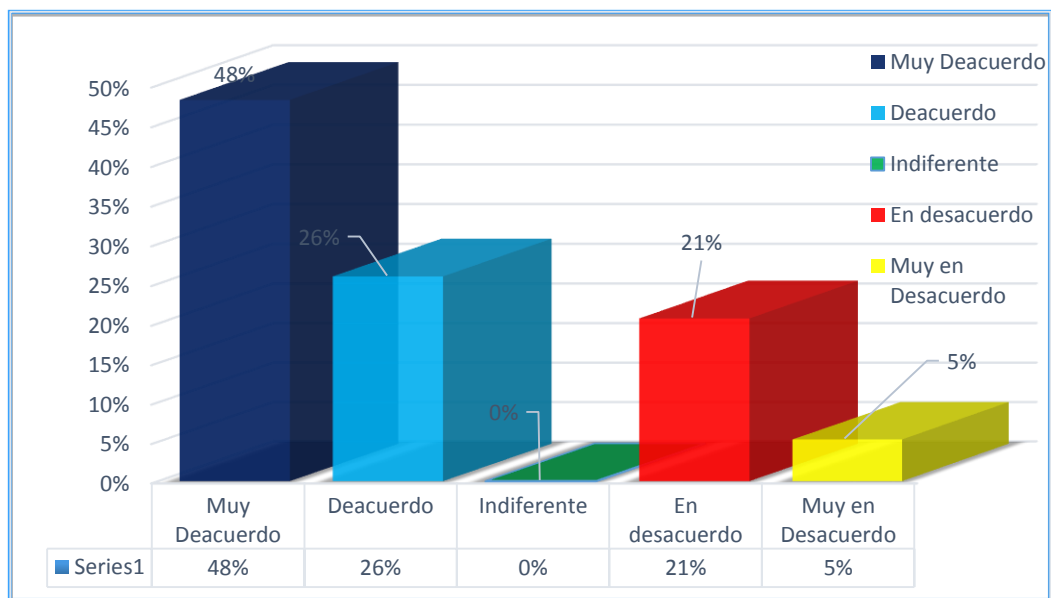


Figura 6: Facultad notarial para celebrar Matrimonio Civil

Fuente: Tabla 6

Pregunta 7:

¿Cree Usted que es necesario implementar cambios en el procedimiento para contraer matrimonio?

Tabla 7: Cambios al Matrimonio Civil

PREGUNTA	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
7	Muy De acuerdo	97	51%
	De acuerdo	34	18%
	Indiferente	0	0%
	En desacuerdo	43	23%
	Muy en Desacuerdo	15	8%
	TOTALES		189

Fuente: Encuesta

Un significativo porcentaje de la población usuaria del Registro Civil de las municipalidades de la Provincial de Tacna, está totalmente de acuerdo en que es necesario implementar cambios en el procedimiento para contraer matrimonio, mientras que la minoría está totalmente en desacuerdo con esa posibilidad de reformar del Código Civil para conferir competencias que les permitan a los Notarios Públicos celebrar matrimonios civiles en el Perú.

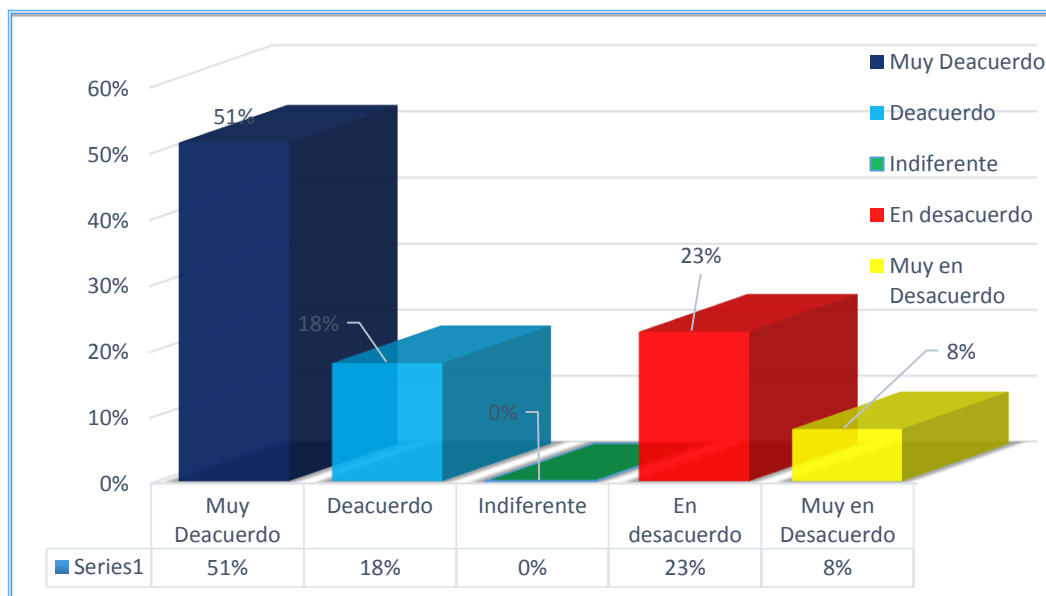


Figura 7: Cambios al Matrimonio Civil

Fuente: Tabla 7

Pregunta 8:

¿Tiene Usted confianza en los Notarios Públicos para que asuman la competencia de realizar matrimonios civiles sea acogida por la sociedad?

Tabla 8: Confianza en el Notario

PREGUNTA	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
8	Muy De acuerdo	108	57%
	De acuerdo	47	25%
	Indiferente	0	0%
	En desacuerdo	23	12%
	Muy en Desacuerdo	11	6%
	TOTALES		189

Fuente: Encuesta

Entre las opciones de acuerdo (25%) y muy de acuerdo (57%), se ubica la mayoría de los usuarios del Registro Civil de Tacna, con relación al nivel de confianza en el sistema notarial del Perú para que asuman la competencia de realizar matrimonios civiles por reforma legal. Las respuestas estadísticas permiten asumir que la población considera apropiada una reforma que confiera competencias para celebrar el matrimonio civil al sistema notarial. Una apreciación adicional surge en cambio de observación, pues el hecho es que el Sistema Notarial va adquiriendo credibilidad y confianza de la ciudadanía.

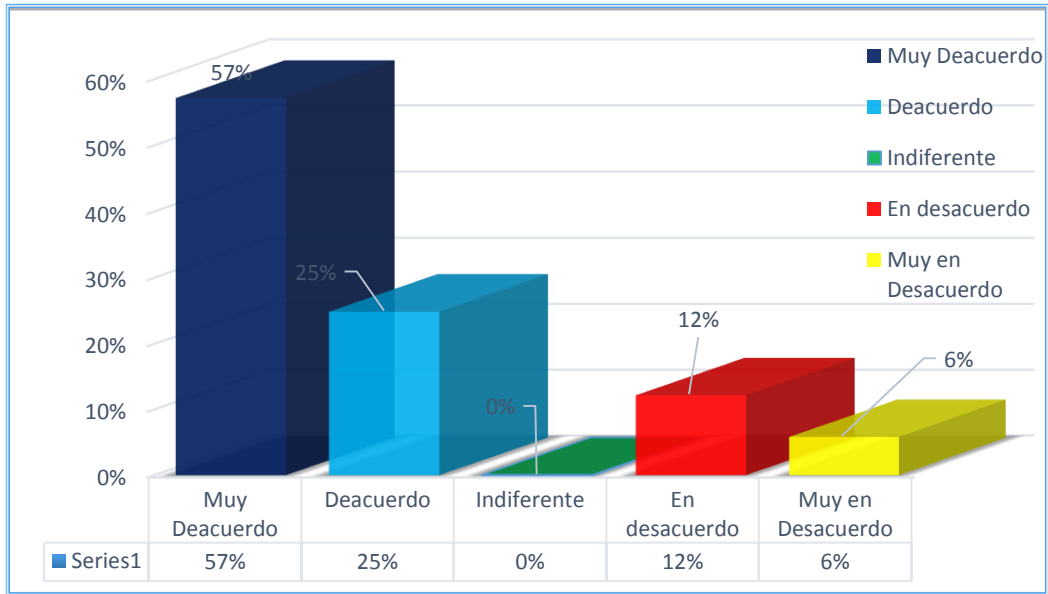


Figura 8: Confianza en el Notario

Fuente: Tabla 8

4.2 Resultados de la entrevista aplicada a los Notarios Públicos

Pregunta 1: *¿Cuál es su opinión acerca de una reforma al Código Civil para que otorgue la competencia a los notarios para celebrar matrimonio civil en el Perú?*

Abogada Méndez Payahuanca, Notario Público de la ciudad de Tacna

Este tema está en franca discusión toda vez que algunos notarios en el mundo ya tienen esta atribución, uno de los países vecinos como es Colombia o en el caso de España tiene esta facultad para poder casar a las personas que tengan deseo de hacerlo en esta instancia administrativa.

Abogada Fernández Jiménez, Notario Público de la Ciudad de Moquegua

Sería un cambio importante para la legislación notarial y además se otorgaría al notario una competencia que sería la de verificar que los matrimonios que se hacen ante el notario guarden los requisitos y los estándares específicos para la seguridad jurídica.

Pregunta 2: *¿Considera usted que esta competencia notarial mantiene o resta solemnidad a la institución del matrimonio en el Perú?*

Abogada Méndez Payahuanca, Notario Público de la ciudad de Tacna

Al contrario, todo el mundo sabe que los notarios estamos dotados de fe pública y eso implica que todos los actos y los contratos los celebremos con todas las solemnidades de rigor y más aun tratándose de un matrimonio civil. Entonces por el contrario mi criterio es que debería darse esta atribución a los notarios para que ante esta instancia administrativa se puedan celebrar los matrimonios civiles.

Abogada Fernández Jiménez, Notario Público de la Ciudad de Moquegua

Al contrario, da más solemnidad a la institución del matrimonio por cuanto el notario está investido de la fe pública y al estar investido de esta fe pública otorga una seguridad jurídica a los matrimonios celebrados ante él.

Pregunta 3: *¿Qué diferencias encuentra entre la celebración del matrimonio en el Registro Civil y ante un Notario Público?*

Abogada Méndez Payahuanca, Notario Público de la ciudad de Tacna

Lo que acabo de indicar, mayor solemnidad, los despachos de los Registros Civiles si bien están mereciendo últimamente adecuaciones y cambios evidentes yo creo que las notarías prestamos mejores y mayores condiciones como para que se celebren este tipo de contratos matrimoniales

Abogada Fernández Jiménez, Notario Público de la Ciudad de Moquegua

No habría ninguna diferencia que podría abordar, más bien se crearía una seguridad jurídica para el usuario en vista de que el Registro Civil tendría una base de datos al igual que los notarios que sería mucho más difícil modificar esta base de datos con la finalidad de buscar un beneficio para una persona.

Pregunta 4: ¿La posibilidad de acceder a la celebración de un matrimonio ante un Notario Público o en el Registro Civil, tendrá impacto valorativo en la ciudadanía?

Abogada Méndez Payahuanca, Notario Público de la ciudad de Tacna.

Eso ya dependería del Congreso de la Republica que al tiempo que otorguen las facultades, tendrá una alternativa legal en comparación del registro civil , en cuanto al costo, todos sabemos que el matrimonio civil conforme está regulado en la actualidad con la facultad que tiene el Registro Civil también tiene un costo, sin embargo al pasar las facultades a la notaría me imagino que el costo va a ser diferente, un poco mayor o menor, entonces de hecho habría un impacto pero al mismo tiempo tendría beneficios.

Abogada Fernández Jiménez, Notario Público de la Ciudad de Moquegua

Yo veo el impacto valorativo en el ámbito positivo por cuanto el ciudadano tiene más ventajas al concurrir al notario de su preferencia para celebrar su matrimonio.

Pregunta 5: *¿El sistema notarial en el Perú está preparado para asumir esta competencia?*

Abogada Méndez Payahuanca, Notario Público de la ciudad de Tacna

Es excelente pregunta, yo creo que muchas instituciones y muchos despachos notariales si lo están, no todos pero en lo que respecta a mi despacho yo creo estar plenamente preparado para aquello.

Abogada Fernández Jiménez, Notario Público de la Ciudad de Moquegua

Sí, está preparado porque ya lo ya se comprobó con el tema de los divorcios, la disolución de la sociedad conyugal, demás competencias, con eso hemos visto que es factible que esta competencia sea asumida por los notarios.

CAPITULO V

DISCUSION DE RESULTADOS

1. La potencial población usuaria del Registro Civil en Tacna, , tiene interés y está de acuerdo con una posible reforma que amplíe las competencias de los Notarios Públicos para celebrar matrimonios, que por el momento es una competencia exclusiva del Registro Civil, debido a que los matrimonios son celebrados en las Municipalidades por el Alcalde, sin embargo, éste puede delegar tal función a los regidores u otros funcionarios, lo que implica que su función pueda ser delegada y no estrictamente del Alcalde; es decir, la celebración del matrimonio civil ante Notario, generaría la misma eficacia y seguridad jurídica que se celebre ante cualquier funcionario del Registro Civil, teniendo en cuenta que la labor cumple genera confianza en la sociedad por la fe que otorga a los diferentes actos celebrados ante él.

2. Existe la percepción ciudadana de que en la actualidad, la ceremonia del matrimonio en el Registro Civil presenta complicaciones para las parejas que deciden contraerlo y que está relacionada con los costos, el tiempo de espera excesivo, la molestia de la espera de turnos, el ambiente poco funcional de las Oficinas del Registro Civil en las que se realizan las ceremonias matrimoniales, por lo que la idea de asignar competencias para realizar matrimonios al sistema Notarial, podría ser funcional para desconcentrar el Registro Civil, facilitar las ceremonias de matrimonio civil y en parte recuperar la institución del matrimonio como núcleo formal de la constitución de la familia.

3. Los entrevistados concuerdan que la función notarial que desempeña y ejerce el Notario, la realiza conforme a las disposiciones conferidas por la Ley, para garantizar el buen desempeño y la seguridad jurídica en el ejercicio de dicha función autenticadora. Teniendo en cuenta ello, el Estado Peruano tiene como política desjudicializar determinados asuntos conocidos antes de manera exclusiva por el Poder Judicial; por ello, el 20/09/1996, se incorporó en nuestro sistema normativo la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, con el fin de aliviar la carga procesal al Poder

Judicial, privatizar los servicios públicos y lograr un proceso rápido; donde se incorporaron los procesos de Rectificación de partidas, Adopción de personas capaces, Patrimonio familiar, Inventarios; Comprobación de Testamentos y Sucesión intestada. Posteriormente, el 17/05/2008 se amplió las facultades ante notario promulgándose la Ley N° 29227, Ley que regula el proceso del Divorcio Rápido o Divorcio Ulterior; siguiendo el fin de la Ley N° 26662, sobre descongestionar al Poder Judicial, esta nueva Ley permitió obtener el divorcio en un plazo aproximado de 3 meses, logrando descongestionar la carga judicial, ya que es un proceso donde no existe Litis, por lo que existe jurisdicción voluntaria por parte de las partes., así como reconocer las uniones de hecho de los convivientes, esto permite una agilización de trámites y un ahorro de tiempo.

4. La función realizada por el Notario se encarga de dar fe pública a los actos realizados ante él, a fin de generar eficacia y efectos jurídicos conforme a Ley, velar por el cumplimiento de las normas y Leyes y brindar seguridad jurídica a tales actos; por ello, la sociedad tiene confianza en la labor que realiza, y se ha demostrado por las múltiples funciones que ha venido cumpliendo, la capacidad que tiene para

ejercer las diferentes facultades que se le ha otorgado a través de nuestra normatividad peruana, y con el paso del tiempo, se le ha ido incorporando procesos nuevos, en los cuales hay ausencia de litigio u oposición entre las partes, ya que en caso, lo hubiere, se derivaría al Poder Judicial. Esto es, el Notario se encarga de dar garantías a los actos que se realizan ante él, como todo conocedor de Derecho y cumplidor de las normas dadas; por ello, su ampliación de competencia a la celebración del Matrimonio Civil generaría la promoción de la importancia de esta Institución y sería realizada por un Funcionario que actúa con Legalidad y conocedor de Leyes, ya que los funcionarios ante quienes se celebra, en algunas ocasiones no son abogados ni conocedores de leyes; por lo que si a los Notarios se les reconoce el Divorcio y la Unión de Hecho, pueden celebrar Matrimonios. Además, la función del Notario se encuentra sujeta a supervisión y constante control por el Colegio de Notarios y el Consejo del Notariado, que es el órgano encargado de realizar la supervisión a nivel nacional del correcto ejercicio de la función notarial; en tal sentido, se advierte que la función del Notario se encuentra sujeta a supervisión y vigilancia por un órgano competente, que permite que aumente la credibilidad y confianza en los actos que celebra; ya que puede ser sancionado si va en contra de las leyes.

5. Los entrevistados concuerdan que al dar fe pública equivale a asegurar que el acto o contrato realizado ante él es auténtico; por lo que, proporciona a los ciudadanos la seguridad jurídica que promete la Constitución, en el ámbito del tráfico jurídico extrajudicial; es decir, los actos celebrados ante Notario guardan la misma seguridad jurídica que pueda otorgar otro funcionario competente, pues atañe una serie de presupuestos que el ordenamiento jurídico debe considerar y son velados por el Notario para ser una finalidad, lo cual se alcanza a través de principios, reglas y normas que garantizan las relaciones entre las personas, las diversas formas contractuales y los negocios que se celebran diariamente de múltiples maneras.

6. Por ello, la dación de fe que otorga el Notario al acto jurídico de no padecer de defecto o vicio alguno en sus elementos y presupuestos es válida y como tal, produce sus efectos típicos en el documento y se objetiviza en el Instrumento Público Notarial. Como consecuencia de la seguridad jurídica otorgada por el Notario a los actos celebrados ante él, con el tiempo ha ido aumentando los procesos no contenciosos celebrados ante él, como es la Ley N° 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior, ya que al no existir litigio entre las partes, es un acto no contencioso que permite desconcentrar y dotar de celeridad,

eficacia y economía procesal, siendo necesaria, solamente, la voluntad de las partes; emitiendo la misma seguridad jurídica y eficacia que su celebración ante Juzgado.

7. Los Notarios son profesionales del cuya intervención otorga carácter público a los documentos privados, autorizándolos a tal fin con su firma, garantizando a la legalidad de los documentos en los cuales interviene, y cuyos actos se hallan investidos de la presunción de verdad, estando habilitado por las leyes y reglamentos para conferir fe pública a los contratos y actos extrajudiciales. Asimismo, los actos celebrados ante él, emiten seguridad jurídica que otorga confianza a los usuarios y emiten la misma eficacia que otro funcionario, ya que cuentan con la *formación jurídica suficiente para asumir diferentes responsabilidades*.

CONCLUSIONES

1. Los contrayentes, son personas mayores de edad, con plenos derechos de ciudadanía y deciden de común acuerdo contraer matrimonio; mientras, que el Notario, es el profesional investido de la fe pública, con la capacidad de plasmar mediante un acta notarial la voluntad de las personas; por lo que es, factible que a los Notarios se les faculte la celebración del matrimonio.
2. El Notario es un fedatario, investido por la fe pública, que es la garantía principal de la función del Notario. Conoce en su generalidad Procesos No Contenciosos, es decir, donde no existe controversia; otorgándole al notario una atribución más con la finalidad de brindarle un óptimo servicio a la colectividad, dándole a esta, posibilidades de elegir otras alternativas legales, útiles y eficientes, como es el celebrar el matrimonio civil.

3. El Sistema Notarial va consolidando su posición, adquiriendo credibilidad y confianza, recuperando la credibilidad de la ciudadanía, por lo tanto, la posibilidad de la reforma para asignar competencias que les permitan a los notarios públicos celebrar matrimonios civiles, simplificaría esta institución social pero al mismo tiempo la sociedad podría asumirla con menor solemnidad y seriedad.

4. Los Notarios son funcionarios encargados de otorgar fe pública y seguridad jurídica a los actos realizados ante ellos, además son agentes del Derecho y conocedores de las normas, por lo que sería productivo ampliar su competencia, como la celebración de matrimonios civiles, ya que tienen la capacidad ética y funcional, y los mecanismos tecnológicos necesarios para que dicho acto jurídico sea otorgado conforme a las leyes y normas vigentes y con la seguridad jurídica que se busca, brindando un óptimo servicio a la colectividad con la posibilidad de elegir otras alternativas legales, útiles y eficientes.

RECOMENDACIONES

1. Realizar la Reforma a los artículos 248, 250, 258, 259 y 260 de nuestro Código Civil y la incorporación de una nueva ley, en la cual se establezca los requisitos necesarios para la celebración del matrimonio civil ante Notario, confiriéndole al Notario la celebración del vínculo matrimonial ante el notario, se ajuste a los principios de celeridad procesal y se respete a la expresión de la voluntad de las partes.
2. La reforma al Código Civil, permitirá al notario la posibilidad de brindar el servicio de matrimonio en su ámbito, acogándose a los procedimientos formales del caso, logrará la eficiencia en el cumplimiento de los términos y los plazos establecidos para la realización de las diligencias y toma de resoluciones hasta que se celebre el vínculo matrimonial.

3. Atendiendo a la importancia del matrimonio, ya que es la base central en la sociedad, y el papel que cumple el Notario de ejercer función pública, se ha considerado como recomendación del presente trabajo de investigación, la modificación de los artículos 248, 250, 258, 259 y 260 de nuestro Código Civil y la incorporación de una nueva ley, en la cual se establezca los requisitos necesarios para la celebración del matrimonio civil ante Notario, la cual se ha formulado en la propuesta legislativa del presente trabajo.

4. Al congreso de la Republica, proponer la Reforma inmediata con la modificación de los artículos 248, 250, 258, 259 y 260 de nuestro Código Civil y la incorporación de una nueva ley, en la cual se establezca los requisitos necesarios para la celebración del matrimonio civil ante Notario, para que el trámite de celebración del matrimonio civil en sede notarial, surta los mismos efectos civiles y respeto a la expresión de la voluntad de los contrayentes en un procedimiento oportuno, veraz y eficaz con las mismas solemnidades y derechos que les asigna la ley para casos similares.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIAS, Max. (1997) Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Lima:

Gaceta Jurídica.

ARIAS, José. (1952) Derecho de Familia. Argentina: Kraft.

BARRETO, Augusto. (2002). Derecho Notarial y Competencia Notarial

en Asuntos no Contenciosos: Teórico-Práctico. Lima: Fecat.

BECERRA, Carlos. (2002). Configuración histórica del Notariado Latino.

Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial. N° 02. Lima.

BOLLINI, Jorge. (1997). *La función notarial y la jurisdicción voluntaria.*

En Derecho Registral y Notarial. Materiales de Enseñanza. Lima:

IPEF.

CALDERÓN, Carlos. (2009). Persona, Derecho y Libertad. Lima:

Motivensa, editora jurídica.

CARAVANTES, Vicente. (1986). Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales. T.I. Madrid: Gaspar y Roig.

CÁRDENAS, Fernando. (2009). Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. Revista de Derecho Notarial Mexicano. N° 122. México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.

CORNEJO, Héctor. (1985). Derecho Familiar Peruano. Lima: Gaceta Jurídica.

DE LA PUENTE, Manuel. (1980). Del Régimen de Bienes en el Matrimonio. En: Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Lima: Fondo Editorial.

DEIMUNDO, Santiago. (1989). Pensamiento y sentimiento sobre el Notariado. Buenos Aires: Depalma.

DERECHO-PUC. (1996). Jurisdicción Voluntaria. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del

Perú. N° 49. Lima.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. (1983). El Sistema del Derecho Civil. Vol. IV. Madrid: Tecnos.

ECHEANDIA, Jorge. (2003). Aviso por Diversidad de domicilio. En Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

FERNANDEZ, Antonio. (1999). Jurisdicción Voluntaria en el Derecho Romano. Madrid: Reus.

Fondo Nacional del Notariado. (2007). Manual de instrucciones del matrimonio civil ante notario. Colombia: El Fondo.

GATTARI, Carlos. Manual de Derecho Notarial. Buenos Aires: Depalma.

GIMENEZ, Enrique. (1976). Derecho Notarial. Pamplona: EUNSA.

GOMEZ-FERRER, Rafael. Jurisdicción Voluntaria y Función Notarial. España: Gráficas Minaya, s/a.

GONZALES, Gunther. (2012). Derecho Registral y Notarial. T. II. Lima: Jurista Editores.

HINOSTROZA, Alberto. (1999). Derecho de Familia. Doctrina-Jurisprudencia.3° Ed. Lima: San Marcos.

Institute for American Values. (2005). El Matrimonio Importa. Veintiséis conclusiones de las Ciencias Sociales. España: SOCIAL TRENDS INSTITUTE.

JOSSERAND. (1951). Derecho Civil. T. III. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

KOSTENBERGER, Andreas J. Dios, (2010). Matrimonio y Familia. Segunda Edición. Argentina: Crossway,

LEHMAN, Heinrich. (1953). Derecho de Familia. Traducción de José M. Navas.nTomo IV. España: Revista de Derecho Privado,

LOPEZ, Julio. (1984). Derecho de Familia. Buenos Aires: Abeledo

Perro,

MALLQUI, Max y MOMETHIANO. (2001). Derecho de Familia. Lima:
San Marcos.

MENDEZ, María. (1987). Régimen Legal del Matrimonio Civil. Santa Fe:
Rubinzal Culzoni.

MURO, Manuel y ECHEANDIA, Jorge. (2003). Aviso Matrimonial. En:
Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

NERI, Argentino. (1980). Tratado Teórico y Práctico de Derecho
Notarial. Buenos Aires: Depalma.

NODARSE, J.J. (1985). Elementos de Sociología. México: Selector.

NUÑEZ, Rafael. Estudios de Derechos Notarial. T. II. Madrid: Instituto
de España.

PALACIO, Lino. (2003). Manual de Derecho Procesal Civil. 17° ed.
Buenos Aires: Abeledo Perrot.

PERALTA, Javier Rolando. (2008). Derecho de Familia en el Código Civil. 4° Ed. Lima: Moreno.

PHILLIPS, Bernard. (1988). Sociología. Del Concepto a la Práctica. México: McGraw Hill Interamericana de México S.A.

PLACIDO, Alex Fernando. (2001). Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.

PLACIDO, Alex. (2002) Manual de Derecho de Familia. Un Nuevo Enfoque de Estudio del Derecho de Familia. 2° Ed. Lima: Gaceta Jurídica, octubre.

PLAN NACIONAL DE RESTITUCIÓN DE LA IDENTIDAD. (2005). RENIEC. Lima: Julio.

ROMERO, Mario. (2000). La Protocolización Notarial. En Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima, N° 10, Lima.

SANAHUAJA, José. (1945). Tratado de Derecho Notarial. Barcelona:

Bosch.

SILVA, Pedro. (Octubre-diciembre 1992). La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa (voluntaria) en Puerto Rico. N° 53. Revista Colegio de Abogados

SILVA, Fernando. Antropología. Conceptos y Nociones Generales. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima, s/a

TAMBINI, Monica. (2006). Manual de Derecho Notarial. Lima: Norma & Thesis.

VALLET, Juan. (1984). La función Notarial. Madrid: Revista de Derecho Notarial.

VARSÍ, Enrique. (2011). Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y Uniones Estables. Tomo II. 1° Ed. Lima: Gaceta Jurídica, (2011).

WALLNER, Ernst M. Sociología. Conceptos y Problemas Fundamentales. Barcelona: Herder, s/a.

ANEXOS

- ENCUESTA
- FORMATO ENTREVISTA
- PROYECTO DE LEY Y DICTAMEN DE LEY

ANEXO I: ENCUESTA

ENCUESTA

ENCUESTA

POBLACIÓN USUARIA DE LAS NOTARÍAS Y REGISTRO CIVIL DE LA MUNICIPALIDAD DE TACNA

Objetivos: Analizar la incidencia socio jurídica del procedimiento actual para contraer matrimonio civil a través del Registro Civil.

INSTRUCCIONES: Marque con una X la alternativa que mejor se adapte a su criterio. La información que proporcione será utilizada con criterio de confidencialidad y para los fines exclusivos de la investigación.

ENCUESTA

Pregunta N° 1: ¿considera que el matrimonio celebrado en el registro civil (municipalidad), otorga seguridad y legibilidad a la unión matrimonial?

SI	
NO	

Pregunta N° 2: ¿Está de acuerdo con los requisitos y el trámite para contraer matrimonio civil?

SI	
NO	

Pregunta No.3 ¿Estima usted, que la Oficina de Registro Civil de la Municipalidad de Tacna da un servicio rápido y oportuno para la celebración del matrimonio civil?

SI	
NO	

Pregunta 4 ¿Ud. Estaría dispuesto a contraer matrimonio civil en Una Notaría?

SI	
NO	

Pregunta N°5: ¿Cree usted que celebrar el matrimonio ante notario público y no en el Registro Civil, tiene el mismo efecto, garantía y solemnidad ante el proceso actual?

SI	
NO	

Pregunta N° 6: ¿Cree usted que celebrar el matrimonio ante notario público y no en el Registro Civil, tiene el mismo efecto, garantía y solemnidad ante el proceso actual?

SI	
NO	

Pregunta N° 7 ¿Cree Usted que es necesario implementar cambios en el procedimiento para contraer matrimonio?

SI	
NO	

Pregunta N° 8 ¿Cree usted, que al otorgarle la facultad al Notario facultad para celebrar el matrimonio civil agilizaría y cumplirá con todas la garantías acorde del derecho?

SI	
NO	

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO II: ENTREVISTA

GUÍA DE ENTREVISTA

A DIRECTOR DE REGISTRO CIVIL DE TACNA Y NOTARIOS DE LA CIUDAD DE TACNA

Objetivo: Evaluar la percepción de los Notarios Públicos en relación a la propuesta de asumir la competencia de dar fe pública notarial del matrimonio civil.

GUÍA DE ENTREVISTA

Pregunta 1: ¿Cuál es su opinión acerca de una reforma al Código Civil para que otorgue la competencia a los notarios para celebrar matrimonio civil en el Perú?

Pregunta 2: ¿Considera usted que esta competencia notarial mantiene o resta solemnidad a la institución del matrimonio en el Perú?

Pregunta 3: *¿Qué diferencias encuentra entre la celebración del matrimonio en el Registro Civil y ante un Notario Público?*

Pregunta 4: *¿La posibilidad de acceder a la celebración de un matrimonio ante un Notario Público o en el Registro Civil, tendrá impacto valorativo en la ciudadanía?*

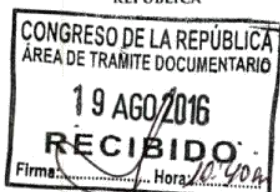
Pregunta 5: *¿El sistema notarial en el Perú está preparado para asumir esta competencia?*

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO III: PROYECTO DE LEY

Proyecto de Ley N°

74/2016-CR



MIGUEL ANGEL ELIAS AVALOS

"Derecho de los Peruanos con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación de la Democracia"

"PROYECTO DE LEY QUE FACULTA A LOS NOTARIOS A CELEBRAR MATRIMONIO CIVIL"

El Congresista de la República que suscribe **MIGUEL ANGEL ELIAS AVALOS**, miembro del Grupo Parlamentario "Fuerza Popular", ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y en concordancia con los artículos 22°, inciso c), 67°, 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente Proyecto de Ley:

El Congreso de la República ha dado la siguiente Ley:

"PROYECTO DE LEY QUE FACULTA A LOS NOTARIOS A CELEBRAR MATRIMONIO CIVIL"

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto modificar diversos artículos del Decreto Legislativo N° 295, Código Civil y de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, facultando a los notarios a celebrar matrimonio civil.

Artículo 2.- Modifíquese los artículos 248°, 250°, 258°, 259° y 260° del Decreto Legislativo N° 295, Código Civil.

Modifíquese por la presente ley los artículos 248°, 250°, 258°, 259° y 260° del Decreto Legislativo N° 295, Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 248.- Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital y por escrito ante notario del domicilio de cualquiera de ellos.

Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el Artículo 241, inciso 2 y 243 inciso 3, o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.

Acompañarán también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.

Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos."

Publicación de matrimonio proyectado

"Artículo 250.- El alcalde o notario anunciará el matrimonio proyectado, por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad o notaría durante ocho días y que se publicará una vez por periódico, donde lo hubiere.

En la circunscripción que no exista periódico, el aviso se efectuará a través de la emisora radial de la respectiva localidad que elijan los contrayentes, o de la más cercana a su localidad; debiendo entregarse el texto publicado, con la firma y libreta electoral del responsable de la emisora radial, al jefe de los Registros Civiles.

El aviso consignará el nombre, nacionalidad, edad, profesión, ocupación u oficio, domicilio de los contrayentes, el lugar donde será celebrado el matrimonio y la advertencia de que todo el que conozca la existencia de algún impedimento debe denunciarlo."

Declaración de capacidad de los pretendientes

Artículo 258.- Transcurrido el plazo señalado para la publicación de los avisos sin que se haya producido oposición o desestimada ésta, y no teniendo el alcalde o notario noticia de ningún impedimento, declarará la capacidad de los pretendientes y que pueden contraer matrimonio dentro de los cuatro meses siguientes.

Si el alcalde o notario tuviese noticia de algún impedimento o si de los documentos presentados y de la información producida no resulta acreditada la capacidad de los pretendientes, remitirá lo actuado al juez, quien, con citación del Ministerio Público, resolverá lo conveniente, en el plazo de tres días.

Celebración del matrimonio

Artículo 259.- El matrimonio se celebra en la municipalidad o notaria, públicamente, ante el alcalde que ha recibido la declaración, compareciendo los contrayentes en presencia de dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar. El alcalde o notario, después de leer los artículos 287, 288, 289, 290, 418 y 419, preguntará a cada uno de los pretendientes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento, la que será firmada por el alcalde, los contrayentes y los testigos.

Persona facultada a celebrar matrimonio

Artículo 260.- El alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio a otros regidores, a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos. **El matrimonio ante el notario es indelegable.**

El matrimonio puede celebrarse también ante el párroco o el Ordinario del lugar por delegación del alcalde respectivo.

En este caso el párroco o el Ordinario remitirá dentro de un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas el certificado del matrimonio a la oficina del registro del estado civil respectivo. **En el mismo plazo el notario remitirá las partes a la oficina de estado civil de la jurisdicción, bajo responsabilidad.**

Artículo 3.- Modifíquese el artículo 1º de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos.

Modifíquese por la presente ley el artículo 1º de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, en los siguientes términos:

"Artículo 1.- Asuntos No Contenciosos.-

Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:"

Dirección: Plaza Bolívar S/N – Palacio Legislativo – Oficina 333 -335 - 337



MIGUEL ANGEL ELIAS AVALOS

"Decreto de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del Mercado Único"

1. Rectificación de partidas;
2. Adopción de personas capaces;
3. Patrimonio familiar;
4. Inventarios;
5. Comprobación de Testamentos;
6. Sucesión intestada;
7. Separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia;
8. Reconocimiento de unión de hecho;
9. Convocatoria a junta obligatoria anual;
10. Convocatoria a junta general;
11. Matrimonio Civil."

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL

UNICA.- Encárguese al Ministerio de Justicia en coordinación con el Colegio de Notarios del Perú la elaboración del Reglamento de la presente Ley.

Lima, 27 de julio de 2016.

U. CORONAS

MIGUEL ANGEL ELIAS ÁVALOS
Congresista de la República
Electo por la Región Ica

E. BUSTOS

KENJI FUJIMORI

Luis F. Galarreta Velarde

Portavoz (T)
Grupo Parlamentario Fuerza Popular
Dirección: Plaza Bolívar S/N – Palacio Legislativo – Oficina 333 -335 - 337

Alejandro Araya

Romulo

Juan Lopez

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 23 de Agosto del 2016

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 74 para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de Justicia y Derechos Humanos.


JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Constitución Política del Perú señala en su artículo 4º, que es deber del Estado proteger a la familia y **promover el matrimonio**, reconociendo además en ella un elemento natural y fundamental de la sociedad. **El matrimonio, precisa la Carta Magna, es la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho y da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales** en cuanto sea aplicable.

"El Artículo 234º del Código Civil establece, referido a la noción del matrimonio, que este es: "La unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales".

El Código Civil en su artículo 248, de las Diligencias para matrimonio civil, establece que: "Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos; Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el Artículo 241, inciso 2 y 243 inciso 3, o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento; Acompañarán también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias; Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes; entre otros."

Posteriormente mediante **Ley N° 26662**, se aprobó la **Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos**, en cuyo artículo primero se establece en lo referido a asuntos no contenciosos: "que los interesados pueden recurrir

Dirección: Plaza Bolívar S/N – Palacio Legislativo – Oficina 333 -335 - 337

indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar asuntos como: Rectificación de partidas; Adopción de personas capaces; Patrimonio familiar; Inventarios; Comprobación de Testamentos; Sucesión intestada; **Separación convencional y divorcio ulterior** conforme a la ley de la materia; Reconocimiento de unión de hecho; Convocatoria a junta obligatoria anual; y Convocar a junta general".

Posteriormente mediante la Ley N° 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, se estableció la posibilidad de realizar el procedimiento de divorcio antes las notarias; esta norma fue además reglamentada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto Supremo N° 009-2008 – JUS;

Estando en este extremo facultadas las notarias del país a realizar el procedimiento de divorcio, bien pueden proceder en el mismo contexto a realizar el proceso de matrimonio, conforme ya ha sido propuesto por el Colegio de Notarios del Perú y como ya se realiza en otros países; es decir en aplicación del principio jurídico a igual razón igual derecho, los interesados podrían acudir voluntariamente ante notario para contraer matrimonio civil;

DEL FUNDAMENTO JURIDICO

Para entender la naturaleza jurídica de los actos notariales en el Perú, es preciso señalar cual es el sistema jurídico que tiene nuestro país. Razón por la que recurriremos a un rápido estudio del derecho comparado refiriéndonos al Sistema de Derecho Latino y al Sistema de Derecho Anglosajón.

Respecto al Sistema de Derecho Latino, es preciso señalar que no existe uno solo, sino un conjunto de sistemas con notas propias pero con características similares al de otros del mismo origen. Este sistema está influenciado tanto por el Derecho Romano Clásico como por el Derecho Bizantino. Estos sistemas jurídicos derivados de la influencia neoromangermanica, se define hoy del tipo latino, este sistema es llamado por algunos autores "Derecho Neo románico" o "Derecho Romano – Germánico" o como lo denomina el Sistema de Derecho Anglosajón "Sistemas de Civil Law" en oposición a su sistema de Derecho denominado "De Common Law".

El Sistema de Derecho Latino se caracteriza por:

Ser un sistema de derecho escrito, es decir donde las normas jurídicas obligatorias, se expresan en leyes y reglamentos escritos, aprobados y públicas. Además se encuentran sistematizados y compilados por materia.

La jurisprudencia surgida de sentencias repetidas en un mismo sentido es obligatoria como ley para los jueces.

La ley es la fuente fundamental del derecho y la costumbre no es considerada fuente creadora de derecho.

Se recurre al requisito de previa formalidad, para algunos actos jurídicos como un elemento de eficacia jurídica y una garantía de legalidad y legitimidad.

El Sistema de Derecho Anglosajón, conocido como "De Common Law" o "Derecho Común", tiene diferente interpretación en los juristas sajones, ya que no es considerado como en el sistema latino como "Derecho Civil General".

El sistema de Derecho Sajón es un sistema de derecho escrito, cuya fuente básica es la costumbre, porque de ella surgen las reglas de convivencia. En este sistema los jueces no crean propiamente derecho sino que solo lo declaran tal cual es la costumbre. No obstante ello el precedente judicial tiene una importancia decisiva dentro del sistema jurídico, porque aun cuando la base del sistema sea de índole consuetudinaria, en la práctica funciona por la vía del precedente judicial.

En este contexto, el Derecho Notarial Latino se organiza y funciona sobre la base del Sistema de Derecho Latino con las siguientes características:

- El notario es un profesional de derecho experto graduado en una universidad.
- Es autónomo e imparcial, y realiza actos de conciliación.
- Da forma legal a ciertos actos jurídicos.
- Certifica en nombre del estado.
- Controla la legalidad y garantiza legitimidad.
- Actúa personalmente no delega y está incurso en el derecho del secreto profesional.

- Produce documentos con valor de prueba plena y con fuerza ejecutiva.
- Reproduce ilimitadamente los documentos públicos.

El notario sajón no cumple estos mismos requisitos.

CUADRO COMPARATIVO DEL NOTARIO LATINO Y EL SAJON

NOTARIO SAJON	NOTARIO LATINO
Es un particular	Es un licenciado en derecho
Es un cargo temporal y publico	Es un profesional
De ejercicio privado	Es un cargo permanente
Es actividad complementaria	Es una función publica
Es un cargo de honor (modesto)	De ejercicio profesional privado
Es un designación	Es actividad de tiempo completo
No tiene estudios jurídicos	Es un servicio publico
No es consejero jurídico	Accede por exámenes previos
No redacta documentos jurídicos	Es un experto en derecho
Actúa externamente y no es responsable.	Es un consejero jurídico
No es autor del documento no vive de la profesión	Redacta el documento
Sus documentos no hacen prueba plena	Responde por la impericia
No autentica hechos en general	Es autor del documento
No da formas a los contratos	Vive de la profesión
No conserva los documentos	Conserva los documentos
No expide copias autenticas	Expide copias certificadas
	Se agremia necesariamente.

Dentro de este marco jurídico general, se puede establecer que los actos notariales del sistema jurídico peruano tiene eficacia y certidumbre jurídica para todos los actos que la ley prevea.

DEL MATRIMONIO

Para la *Teoría Contractual Canónica* el matrimonio es un *contrato*. Porque se basa en una unión libre y voluntaria, y consentida por los pretendientes, con el fin de establecer una relación de vida social marital y celebrada en sujeción a normas religiosas que lo sacramenta haciéndolo indisoluble hasta la muerte.

Para la *Teoría Civil* el matrimonio es un *contrato especial*. Para esta teoría prima los caracteres de índole personal, los cuales, inclusive, permiten disolverlo bajo sanción de autoridad.

Para la Teoría Institucional el matrimonio es una *institución*. El matrimonio es creado por el Estado para proteger y garantizar las relaciones familiares a los que los pretendientes se adhieren a través de un *acto jurídico* formalizado ante autoridad estatal en la que por libre manifestación de voluntad consiente en unirse, sin la posibilidad futura de disolver tal unión, a no ser que intervenga autoridad judicial.

Desde este punto de vista, surge:

- el matrimonio-*status* y
- el matrimonio- *acto*.

El primero dice que el matrimonio es un *estado* que se debe proteger para garantizar las relaciones familiares derivadas de ese estado.

El segundo dice que el matrimonio es un *acto* del cual derivan obligaciones, deberes (por ejemplo la fidelidad) y derechos de carácter familiar.

Al respecto el estado peruano establece en el artículo 5° de la Constitución política del Perú que "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".

De otro lado el Código Civil en su Libro III, Sección Primera referido al Derecho de Familia, señala que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú;

De otro lado la **Ley N° 26662**, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, establece en su artículo primero referido a asuntos no contenciosas

y en referencia a matrimonio: **"que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial O ANTE EL NOTARIO para tramitar asuntos como:** Rectificación de partidas; Adopción de personas capaces; Patrimonio familiar; Inventarios; Comprobación de Testamentos; Sucesión intestada; **Separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia**; Reconocimiento de unión de hecho; Convocatoria a junta obligatoria anual; y Convocar a junta general;

La Ley N° 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, establece la posibilidad de realizar el procedimiento de divorcio antes las notarias; esta norma fue además reglamentada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto Supremo N° 009-2008 –JUS;

Finalmente estando facultadas las notarias del país a realizar el procedimiento de divorcio, bien pueden proceder en el mismo contexto a realizar el proceso de matrimonio, conforme ya ha sido propuesto por el Colegio de Notarios del Perú y como ya se realiza en otros países; es decir en aplicación del principio jurídico a igual razón igual derecho, los interesados podrían acudir voluntariamente ante notario para contraer matrimonio civil;

ANTECEDENTE LEGISLATIVO


Mediante el **Proyecto de Ley N° 5010/2015-CR, de fecha 19 de noviembre de 2015**, de autoría del Congresista de la República José Luis Elías Avalos, se propuso ampliar las facultades de la notarias del país para facilitar los procedimientos de matrimonio. Esta iniciativa de ley no fue debatida en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, por lo que el suscrito la hace suya a fin de buscar se facilite el matrimonio civil.

Asimismo, es de precisar que **con fecha 09 de diciembre de 2011, el Colegio de Notarios de san Martín presentó el Proyecto de Ley N° 616/2011-CP, denominado "Ley que modifica diversos artículos del Código Civil para ampliar la facultad de celebrar el matrimonio civil a cargo de los Notarios"**, planteando así una modificatoria a la competencia de los notarios, con el fin que puedan celebrar matrimonio.

Al respecto, es de precisar que el mencionado Proyecto de Ley N° 616/2011-CP, presentado por el Colegio de Notarios de San Martín y la presente iniciativa legislativa, no cuentan con diferencias marcadas, puesto que ambas tienen la misma finalidad, que es incluir dentro de las facultades de los Notarios Públicos el de poder celebrar matrimonios, modificando por tal motivo el Código Civil en sus artículos pertinentes, así como de la Ley del Notariado.

Además, el Proyecto de Ley de autoría del suscrito, a diferencia del Proyecto de Ley presentado por el Colegio de Notarios de San Martín, plantea la modificatoria del Artículo 258° del Código Civil: Declaración de capacidad de los pretendientes, con lo cual no se produciría un cuestionamiento por posible copia.

ANALISIS COSTO BENEFICIO



La presente iniciativa de ley no demandará recursos del tesoro Pública, muy por el contrario, permitirá mayor apertura y simplicidad para el cumplimiento del mandato constitucional referido a la familia y el derecho al matrimonio.

VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION

La presente iniciativa de ley no colisiona con la Carta Magna ni contraviene norma alguna, muy por el contrario complementa lo dispuesto en la Ley 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias.

Lima, 27 de julio de 2016.