

Intervención notarial en la celebración del matrimonio*

Romina I. Cerniello y Cecilia M. Larroudé

Sumario: 1. Introducción. 2. Función notarial. Jurisdicción voluntaria. 3. Beneficios. 4. Proyectos de ley. 5. Derecho comparado. 6. Conclusión

1. Introducción

La elección del presente tema obedece a la posibilidad, vislumbrada hace ya varios años en el derecho comparado, de la celebración del matrimonio en sede notarial. En algunos países de América Latina, como Honduras, Guatemala, Cuba y Colombia, esta posibilidad se concretó mediante la sanción de diferentes normas y, por ello, el casamiento puede celebrarse ante un notario. Creemos que esto también es posible en nuestro país.

Suele definirse la función notarial como *antiprocesalista*: en palabras de Carnelutti, “cuanto más notario, tanto menos juez”;¹ y sabemos que la misma va más allá de la mera documentación de los actos y negocios jurídicos, e incluye –entre otras operaciones de ejercicio– el asesoramiento y el consejo.

Tratando la figura del notario, y para explicar el valor de su consejo, dice el mencionado jurista italiano que:

... la concepción del notario no solo como documentador sino también como intérprete es del todo inadecuada, [pues] el notario no es solo un consultor jurídico, sino el más alto grado, un consultor moral.²

Y utiliza como ejemplo de ello el testamento, en función del cual:

... la voluntad del hombre le sobrevive [...] un juicio que sirve para regular la vida de los otros después de la muerte de quien lo pronuncia y así cuando no hay lugar a reconocer el error. El que lo emite debería tener entre manos una balanza de precisión. El notario, que está a su lado, es esa balanza.

* El presente trabajo ha sido presentado en la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 de agosto y 1 y 2 de septiembre de 2011).

1. CARNELUTTI, Francisco, “La figura jurídica del notariado”, Madrid, Reus, 1954, p. 23 (conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 17/5/1950).

2. *Ibidem*, pp. 21-22.

En la misma línea de pensamiento, observa Cosola³ que la función notarial suele aparecer en al menos dos momentos sumamente relevantes de la vida de una persona: el primero de ellos se relaciona con la adquisición de una vivienda por parte de una familia, luego de varios años de sacrificio –en la mayoría de los casos–; el segundo se relaciona con la protección de los seres queridos a través del testamento y de la donación.

En nuestro país, el derecho notarial colabora con el derecho de familia mediante la participación del escribano en actos tales como el reconocimiento de hijos, las convenciones prematrimoniales, las autorizaciones de viaje a menores de edad, la constitución del bien de familia, la designación de tutor, el asentimiento conyugal y, hasta hace poco tiempo, las emancipaciones, entre otros. Es que, para los actos más trascendentes de la vida, el derecho exige certeza y para alcanzarla recurre a la fe pública que nace del acto del notario, delegatario de la potestad de imponerla.⁴ A continuación, profundizaremos sobre esta posibilidad de incluir al escribano como sujeto idóneo para la celebración del matrimonio.

2. Función notarial. Jurisdicción voluntaria

El tema en estudio se vincula con el de la jurisdicción voluntaria, que, tal como afirma Cosola,⁵ ha visto correr mucha tinta entre los autores que defendían la ubicación del notariado dentro de la mencionada jurisdicción y aquellos que la negaban, fundamentalmente por cuestiones terminológicas. Cita al notario español Gómez Ferrer Sapiña, quien opina que:

... la jurisdicción voluntaria es una actividad autónoma del Estado, caracterizada por actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados, formando parte de lo que se ha denominado sistema cautelar, y que tiene como finalidad la garantía de cualquier derecho, en función preventiva ...⁶

Entiende que el citado autor no la considera ni como actividad administrativa ni como actividad jurisdiccional y que asegura que la función notarial reúne con creces la característica de actuación de una función pública en tutela de intereses privados, en la órbita de un sistema cautelar, con la finalidad de obtener

3. COSOLA, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 271.

4. ZINNY, Mario A., *El acto notarial (dación de fe)*, Buenos Aires, Depalma, 2000, 2ª ed.

5. COSOLA, Sebastián J., *óp. cit.* (cfr. nota 3), p. 183.

6. *Ibidem*, pp. 189-190.

el derecho hacia la plena concepción de la seguridad y de la paz social. Finalmente, resalta:

Deben ser de competencia notarial aquellos actos de jurisdicción voluntaria que por su naturaleza constituyen actos notariales, así como aquellos otros en que, no cumpliendo la judicatura su misión de mayor protección de algún derecho, pueden ser desempeñados por el notariado, atendiendo a su preparación, probada honestidad y medios técnicos de que dispone.⁷

Alude al notario guatemalteco Nery Roberto Muñoz⁸ y su consideración del ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notario, resaltando que el mejor camino para resolver estas cuestiones es el notarial, y lo fundamenta en: la función social que lleva adelante el notario en beneficio de la población, la celeridad que le imprime a este tipo de asuntos, la economía para con el Estado y la descarga de los tribunales de justicia.

Entiende Cosola que es un tema de incumbencias en el que se defienden las que otorgan mayores réditos a favor de las propias arcas, en contra de la celeridad, del servicio más eficiente y justo; en fin, en contra de la paz; que no se reflexiona ni se trabaja sobre el resultado (celeridad, tranquilidad, paz, cooperación, reciprocidad), sino que se intenta hacer fuerte el medio (económico, político, gremial); y que esto debe revertirse por el bien de la comunidad.

Cita a Servidio de Mastronardi y su anhelo, que, en definitiva, es el anhelo de todo el cuerpo notarial:

Nuevamente la jurisdicción voluntaria es tema de jornada [...] la cual concluirá seguramente proclamando el legítimo derecho del notariado de reclamar una ampliación e integración de su competencia, incluyendo todas aquellas materias que entienden que le son propias y asimismo se pronunciará por la necesidad de una reforma legislativa.⁹

Coincidimos con la opinión vertida por Olivé y García Coni, en el sentido de que el quehacer notarial debería ser un fuero de atracción para muchos de los actos de jurisdicción voluntaria retenidos por el Poder Judicial en casos en los que no se dirige conflicto alguno y solo juega la ya recargada fe pública judicial, perfectamente sustituible por la fe pública notarial. Otro tanto ocurre con la fe pública administrativa, en supuestos que

7. *Ibidem*, p. 190.

8. *Ibidem*, p. 192.

9. *Loc. cit.*

pueden ser resueltos en sede notarial; un ejemplo típico de ello es la posibilidad de casarse por escritura pública, con lo cual el Registro Civil no será necesariamente constitutivo, ya que podrá ser declarativo en relación con un auténtico acto notarial inscribible. En ambas hipótesis de sustitución notarial de la fe pública judicial o administrativa, se logrará una mayor inmediatez, con economía procesal y una correcta desburocratización en el campo jurídico.¹⁰

Ya sea que veamos al matrimonio como institución o como contrato, lo cierto es que la celebración del mismo tiene las características propias de este último.

Tal como expresan García Coni y Olivé:

... la celebración del matrimonio civil puede realizarse –como nueva alternativa– ante el escribano, celebrante por antonomasia del acto solemne de la escritura pública, que es el instrumento típico y más adecuado para recoger la voluntad de los contrayentes, con el boato y solemnidad que las circunstancias requieren y que falta muchas veces en los registros civiles por razones de espacio y de tiempo.¹¹

Siendo el escribano un profesional de derecho a cargo de una función pública, delegatario de la potestad *fideifaciente* del Estado, que con su intervención garantiza la legalidad del acto que autoriza y, en su quehacer diario, se encarga de la identificación de las personas que ante él comparecen, recibe sus declaraciones de voluntad, las asesora sobre los efectos de los actos que otorgan, controla la legalidad de los actos, redacta los instrumentos, los conserva, expide copias y, cuando corresponde, gestiona su inscripción, podemos concluir que es un profesional idóneo y cuya infraestructura se encuentra ya organizada a los fines de prestar este nuevo servicio a la sociedad.

3. Beneficios

Son muchos los beneficios que se derivarían de establecer como una modalidad alternativa a la existente la celebración del casamiento por escritura pública.

En primer lugar, esto permitiría al Estado desembarazarse de actividades que se han tornado burocráticas y antieconómicas, sin renunciar a su adecuado control de legalidad y legiti-

10. GARCÍA CONI, Raúl R. y OLIVÉ, R. E., "Casamiento por escritura pública", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 815, 1988, pp. 1281-1284.

11. Loc. cit.

dad ejercido por sus agentes¹² y con la posibilidad de reubicar recursos del Estado en otras áreas o tareas.

Respecto de las convenciones prematrimoniales, guardando la debida cronología de los actos, podría ser una misma la escritura sobre las estipulaciones y la de casamiento.¹³

Proyectando a futuro, si se modificase el régimen patrimonial del matrimonio y las partes pudieran optar entre diferentes regímenes, el hecho de que el matrimonio se celebre por escritura permitiría que las partes reciban el oportuno y adecuado asesoramiento en tal sentido.

Desde el punto de vista de los particulares, estos se ven beneficiados a través de la intervención del notario, ya que esta brinda celeridad y seguridad, sin tener que solicitar turnos. Además, como las escrituras pueden ser autorizadas en cualquier día y horario, incluso inhábiles, esto daría mayor libertad a la hora de elegir el momento de hacerlo y permitiría también que el escribano se constituya en el lugar de la celebración familiar o social, posibilitando incluso la coincidencia del acto civil con la ceremonia religiosa.

En la XIII Jornada Notarial Iberoamericana¹⁴ se concluyó:

Que la intervención notarial representa una prestación que el notariado puede ofrecer a la comunidad nacional, con evidente economía (beneficiará al Estado, ya que se derivan al ámbito notarial funciones hoy desempeñadas por los jueces, y a las partes, por la disponibilidad más inmediata para la liquidación de sus intereses patrimoniales), rapidez (se produce por una mayor descentralización administrativa y por la simplificación del procedimiento) y eficacia (se funda en el principio de la fe pública y en los conocimientos técnicos indispensables).

Que siendo el matrimonio una consecuencia de la voluntad, del consentimiento, y, además, solemne, corresponde exactamente a la investidura de la fe notarial formada para recibir las declaraciones de voluntad con fines jurídicos; y, por lo mismo, la celebración ante el notario tiene fundamento suficiente.

Tal como se puso de manifiesto en el proyecto de ley n° 04668 del Perú, en todo el mundo el matrimonio está perdiendo presencia e importancia en la sociedad. Incluso, se vive una situación de posible resistencia al matrimonio, optándose por otras formas de uniones. Esta situación requiere una respuesta inmediata si se quiere privilegiar la importancia que el matrimonio tiene como piedra angular de la sociedad, que en la Constitu-

12. MARINO, Rut E. y GARCÍA CONI, R. R., "Incumbencias. Jurisdicción no contenciosa: casamiento por escritura pública", Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1991, p. 6 (presentado en la XXVIII Jornada Notarial Bonaerense [Mar del Plata, 1991]).

13. GARCÍA CONI, Raúl R. y OLIVÉ, R. E., óp. cit. (cfr. nota 10).

14. Conclusiones del tema 2, "Competencia notarial en asuntos no contenciosos" (Asunción, 26-28 junio 2008).

ción se promete proteger y promover. Mediante la celebración del matrimonio por escritura, se pretende dar una alternativa a la forma habitual de contraer matrimonio; de esa manera, constituye una facilidad adicional a la existente.

4. Proyectos de ley

A nivel nacional, en los años 1990¹⁵ y 1995¹⁶ se gestionaron dos proyectos de ley que trataban el tema que nos convoca.

En ellos había puntos comunes, que podrían resumirse de la siguiente forma:

- La intervención del escribano no excluye la actuación del oficial del Registro Civil, sino que coexisten. Son en definitiva las partes quienes optan por uno u otro.
- Dentro de los deberes del escribano se incluye la obligación de enviar la copia de escritura al Registro Civil a los efectos de su inscripción.
- Se mantienen el modo de celebración y la figura de los testigos. Estos últimos se mantienen a los fines de que se responsabilicen de la aptitud nupcial de los contrayentes.
- A su vez, se incluye la obligación del escribano de tener a la vista un certificado expedido por el Registro Civil (1990), con no más de quince días de vigencia, donde conste que no se han formulado oposiciones a la celebración del matrimonio.

5. Derecho comparado

Como expresamos al comienzo, existen varios países en los cuales los notarios están facultados para celebrar el matrimonio.

5.1. Honduras

Código de Familia de Honduras. Decreto 76/84:

Artículo 23. El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal, el presidente del Concejo Metropolitano del Distrito Central o el concejal que haga sus veces. *Los notarios* quedan autorizados para celebrar matrimonio en todo el país.¹⁷

15. Ver nota extendida en p. 68.

16. Ver nota extendida en p. 69.

17. Honduras. Decreto 76/1984, Código de Familia. "De las diligencias preliminares y de la celebración del matrimonio civil". Tegucigalpa, Distrito Central, Honduras, Congreso de la Nación, 1984.

5.2. Guatemala

Código Civil de Guatemala:

Artículo 92. El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por *un notario* hábil legalmente para el ejercicio de su profesión. También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde.

5.3. Cuba

Código de Familia Cubano:

Artículo 7. Los encargados del Registro del Estado Civil y *los notarios* públicos son los funcionarios facultados para autorizar la formalización de los matrimonios con arreglo a las disposiciones de este Código. Los cónsules y vicecónsules de la República son los funcionarios facultados para autorizar, en el extranjero, los matrimonios entre cubanos.

5.4. Colombia

Decreto 2668/1988:

Artículo 1. Sin perjuicio de la competencia de los jueces 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.¹⁸

Por otra parte, otros países latinoamericanos, como Perú y Uruguay, están actualmente tratando proyectos que prevén la incorporación de la celebración del matrimonio como incumbencia notarial.

6. Conclusión

Siendo el escribano un profesional del derecho al servicio de la población, que contribuye a la constitución de la paz social, confiriendo autenticidad y seguridad a las relaciones jurídicas, re-

18. Colombia. Decreto 2668/1988, "Autoriza la celebración del matrimonio civil ante notario público", 3 pp., en *Diario Oficial*, Bogotá, n° 38631, 27 diciembre 1988.

sulta incuestionable la posibilidad de incluir dentro de su competencia material la celebración del matrimonio, funcionando como alternativa al matrimonio celebrado por el oficial público encargado del Registro Civil.

Para el escribano, esta reforma significaría una ampliación de sus incumbencias ligadas al derecho de familia, incrementando el servicio ofrecido a la comunidad, lo cual se traduce en su perfeccionamiento y en una reducción de los tiempos. A su vez, tal ampliación no afectaría a otras profesiones jurídicas, sino que, por el contrario, aliviaría la tarea de los encargados y oficiales de los registros civiles, que no siempre pueden prestar un buen servicio.

Será óptimo acompañar la reforma con la creación de un registro único del estado civil y capacidad de las personas, esto es, que funcione de manera centralizada, para inscribir los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás hechos y actos que modifiquen el estado civil y la capacidad civil de las personas naturales, así como las resoluciones judiciales y extrajudiciales que a ellas se refieran susceptibles de inscripción, emitir el documento nacional de identidad, expedir certificados, etcétera, desarrollando e implementando estrategias, técnicas y procedimientos automatizados que permitan un manejo integrado y eficaz de la información.

Por último, cabe destacar que este no es un tema novedoso en el ámbito del notariado de América Latina y los escribanos argentinos estamos perfectamente capacitados para hacerlo, con lo cual resulta necesaria la adecuación de la normativa vigente para contar con atribuciones que benefician a la sociedad y que ya existen en el derecho comparado.

Otra bibliografía consultada:
GARCÍA CONI, Raúl R., "Casamiento por escritura pública", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 865, julio-septiembre 2001, pp. 363-364.
ITURRALDE, Pablo, "Proyecto de ley modificativo de las formalidades para la celebración del matrimonio: 'Modificase el artículo 83 del Código Civil'", Montevideo, [s/e], 2011, 2 pp.

Notas extendidas

15. Proyecto de Adelina I. Dalesio de Viola: "Artículo 1. Agrégase a la Ley 23.515 el artículo 8 bis, cuyo texto es el siguiente: 'Artículo 8 bis: Podrá efectuarse el casamiento civil por acto otorgado por los contrayentes en escritura pública autorizada por escribano del lugar, quien seguirá la preceptiva de la presente ley. Podrá ser una misma la escritura de esponsales y la de matrimonio, siempre que estos actos guarden la debida cronología. El escribano deberá tener a la vista un certificado, con no más de quince (15) días de vigencia expedido por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, donde conste que no se han formulado oposiciones a la celebración del matrimonio. Dentro de los treinta (30) días siguientes al acto de celebración, el escribano interviniente o en su defecto el reemplazante legal, deberá presentar testimonio del acto al Registro correspondiente, el que lo devolverá con nota de su inscripción.' Artículo 2. Comuníquese al Poder Ejecutivo". Ver DALESIO DE VIOLA, Adelina I., "Incorporación del artículo 8 bis a la Ley 23.515 (de matrimonio civil-divorcio vincular) conforme al cual podrá efectuarse el casamiento civil por acto otorgado por los contrayentes mediante escritura públi-

ca”, *Trámite Parlamentario*, Buenos Aires, Congreso de la Nación, n° 72, 8 agosto 1990, pp. 2719-2720.

16. Proyecto de Antonio E. González, Jorge Argüello, Miguel A. García Moreno, Ana S. de Kessler: “Artículo 1. Sustitúyase el primer párrafo del artículo 186 del Código Civil por el siguiente: ‘Artículo 186: Los que pretendan contraer matrimonio se presentarán ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas o ante cualquier otro escribano de registro autorizado para ejercer el notariado, en el domicilio de cualquiera de ellos y presentarán una nota que deberá contener [...]’. Artículo 2. Sustitúyase el primer párrafo del artículo 188 del Código Civil por el siguiente: ‘Artículo 188: El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, o ante el escribano de registro autorizado para ejercer el notariado, en su oficina, públicamente compareciendo los futuros esposos, en presencia de dos testigos y con las formalidades legales’. Artículo 3. Agréguese, como segundo párrafo, al artículo 194 del Código Civil el siguiente: ‘Artículo 194: Si el matrimonio se celebrara por escribano de registro autorizado para ejercer el notariado, éste labrará la correspondiente escritura pública, extendiendo testimonio de ella a los contrayentes. Dentro de los treinta días siguientes al acto de celebración, el escribano interviniente deberá presentar testimonio del acto al Registro correspondiente, el juez lo devolverá con nota de inscripción’. Artículo 4: Comuníquese al Poder Ejecutivo”. Ver GONZÁLEZ, Antonio E. y otros, “Modificación de artículos del Código Civil sobre la celebración de matrimonio ante escribano de registro autorizado para ejercer el notariado”, en *Trámite Parlamentario*, Buenos Aires, Cámara de Diputados de la Nación, n° 143, 22 de septiembre de 1995, p. 8093.