

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



***“EL NOTARIO DEL SIGLO XXI: LA FUNCIÓN NOTARIAL Y
SUS DIVERSAS COMPETENCIAS DERIVADAS DEL USO DE
LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA DINÁMICA SOCIAL EN
EL PERU, 2016”***

Tesis presentada por el Magíster:
Marco Antonio Camacho Zárate

Para optar el Grado Académico de:
Doctor en Derecho.

Arequipa - Perú
2016

ÍNDICE GENERAL

	Página
ÍNDICE	i
CITA	iv
DEDICATORIA	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	viii
CAPÍTULO I	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO ACTUAL DEL DERECHO NOTARIAL EN EL PERÚ.	1
1.- APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y AL CONCEPTO DE DERECHO NOTARIAL.	1
1.1.- EN LA CULTURA EGIPCIA.	3
1.2.- EN LA CULTURA HEBREA.	4
1.3.- EN LA CULTURA GRIEGA.	6
1.4.- EN LA CULTURA ROMANA.	7
1.5.- EN LA EDAD MEDIA.	9
1.6.- CONCEPTO MODERNO DE DERECHO NOTARIAL.	12
2.- REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO NOTARIAL EN EL PERÚ.	16
2.1.- DECRETO LEGISLATIVO N° 1049, DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO.	16
2.2.- DECRETO SUPREMO N° 010-2010-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1049, DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO O LEY DEL NOTARIADO.	22
3.- IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL: LA FE PÚBLICA.	26
4.- FUNCIONES COMPETENCIALES DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL PERÚ.	29
4.1.- COMPETENCIAS RELATIVAS A LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES.	29
4.2.- COMPETENCIAS RELATIVAS A LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS EXTRAPROTOCOLARES.	33

CAPÍTULO II

NUEVAS COMPETENCIAS NOTARIALES DERIVADAS DEL AVANCE DE LA DINÁMICA SOCIAL EN EL PERÚ. 36

1.- LA DINÁMICA SOCIAL COMO AGENTE CREADOR DE DERECHO. 36

2.- NUEVA COMPETENCIA NOTARIAL DERIVADA DE LA DINÁMICA SOCIAL: EL MATRIMONIO CIVIL ANTE NOTARIO. 40

2.1.- ANTECEDENTES: EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA. 40

2.2.- EL MATRIMONIO EN EL PERÚ: DESARROLLO HISTÓRICO Y LEGISLACIÓN VIGENTE. 42

2.3.- EL MATRIMONIO NOTARIAL EN ALGUNAS EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO. 49

2.4.- EL MATRIMONIO COMO COMPETENCIA NOTARIAL EN EL PERÚ. 55

3.- NUEVA COMPETENCIA NOTARIAL DERIVADA DE LA DINÁMICA SOCIAL: EL MATRIMONIO O LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL. 60

3.1.- GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO O LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL. 60

3.2.- LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL EN ALGUNAS EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO. 62

3.3.- LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL Y SU FORMALIZACIÓN EN SEDE NOTARIAL EN EL PERÚ. 67

4.- NUEVA COMPETENCIA NOTARIAL DERIVADA DE LA DINÁMICA SOCIAL: EL POLIAMOR O UNIONES POLIAFECTIVAS. 74

5.- NUEVA COMPETENCIA NOTARIAL DERIVADA DE LA DINÁMICA SOCIAL: INTERDICCIÓN CIVIL ANTE NOTARIO. 81

CAPÍTULO III

DIVERSAS COMPETENCIAS NOTARIALES DERIVADAS DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PERÚ. 90

1.- EL DERECHO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA NOTARIAL. 90

2.- EL NOTARIO COMO FEDATARIO INFORMÁTICO: EXAMEN DE UNA COMPETENCIA NOTARIAL DEFICIENTEMENTE ASUMIDA.	97
3.- EL TESTAMENTO: NUEVAS COMPETENCIAS PARA UNA VIEJA INSTITUCIÓN DEL DERECHO SUCESORIO Y NOTARIAL.	102
3.1.- EL TESTAMENTO DIGITAL.	104
3.2.- EL LEGADO DIGITAL.	111
4.- POSIBILIDADES DE UN CIBERNOTARIADO EN EL PERU: MODERNIZACIÓN DEL SERVICIO NOTARIAL.	114
4.1.- CARTA NOTARIAL VÍA ELECTRÓNICA.	115
4.2.- CUSTODIA NOTARIAL DE BIENES DIGITALES.	116
4.3.- COPIA TELEMÁTICA DE ESCRITURAS PÚBLICAS.	120
4.4.- LA FIRMA DIGITAL EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL Y REGISTRAL.	122
CONCLUSIONES	128
PROPUESTAS	130
BIBLIOGRAFÍA	136
ANEXO:	144
PLAN DE TESIS	145

CITA

“La dinámica de cambio y de crítica que -sin duda para bien- vive la sociedad presente afecta a cuantas Instituciones nacieron en la Historia para servicio de esa sociedad; y especialmente, si lo hicieron en tiempo ya remoto y han tenido en su trayectoria histórica la característica de constancia. Esta es, entre otras instituciones, el caso del Notariado. Los notarios sabemos que de un tiempo a esta parte nuestro papel en la estructura social es puesto en cuestión y revisión.

Hay, en el Notariado una actitud de autoreflexión acerca de esa revisión, pues los notarios tenemos la ventaja de actuar en constante contacto con las bases mismas de la sociedad humana y habría de estar muy ciego o muy sordo quien en ese escenario no oyera ni viera lo que a su alrededor sucede, por lo que para ubicarnos en la realidad actual es necesario refrescar antecedentes.

El Notariado surge como una realidad histórica producida en la misma sociedad. Es decir: no existe una norma creadora del Notariado, sino una actividad social ante necesidades reales, que llegará con el tiempo a ser la actividad notarial, o sea, la que realizamos los notarios.

El notario ha sido fruto espontáneo de la convivencia social, ha nacido biológicamente de la misma realidad social y de sus necesidades, el Notariado es una creación social, no una creación surgida del Legislador, el notario, es una creación biológica de la realidad; la Ley lo ha reconocido, más que creado.”

Adalberto Ortega Solís

*El Notario Público y su Función Social*¹.

¹ En: **PODIUM NOTARIAL: REVISTA DEL COLEGIO DE NOTARIOS DEL ESTADO DE JALISCO**. Número 2, Enero-Junio. Grafica Nueva SA, Jalisco, 1990. p. 21.

DEDICATORIA:

Dedico esta Tesis Doctoral a mis padres Juan y Lily, hermanos, familiares y maestros universitarios, quienes siempre me han apoyado y lo siguen haciendo en forma desinteresada e incondicional.

Un singular agradecimiento al Dr. Norberto A González Peralta, por su sapiencia, sanos consejos, crítica y haber confiado en mí como persona y profesional.

La Universidad, también tiene un lugar importante en mi vida, pues me abrió las puertas del conocimiento, del estudio y superación constante, todo ello inculcado por mis maestros y profesores con los cuales compartimos en aula, su “know how”, experiencias y gratos momentos, mereciendo mi gratitud eterna.

Agradezco igualmente a mis amigos(as) promociones de: escuela, colegio, avioneros-FAP, universidad, posgrado y compañeros de trabajo, con quienes compartí y comparto inolvidables vivencias reforzando cada día nuestra amistad, estando prestos a darnos la mano cuando se necesite.

Mg. Marco A. Camacho Zárate

RESUMEN

Las sociedades evolucionan a un ritmo tan incesante como lo hace también hoy en día la tecnología, los grupos humanos van creando continuamente nuevas formas de interrelación y, por ende, le van creando al Derecho nuevas necesidades de regulación; de igual manera las denominadas tecnologías de la información, o nuevas tecnologías (NT), representan grandes desafíos para el Derecho puesto que su originalidad y permanente mutabilidad exigen a los operadores jurídicos no sólo una reglamentación eficaz sino también una atención continua que impida precisamente que la regulación legal se convierta en anacrónica. En esta labor de incesante actualización e inacabable asimilación de nuevas figuras jurídicas se encuentran todos los operadores del Derecho, dentro de los cuales cabe destacar a aquellos profesionales de la fe pública, los notarios, que son los que se encuentran más cerca y deben de responder de manera inmediata a las demandas ciudadanas. Es por ello que queremos dedicar el presente estudio a analizar y determinar cuáles serían las principales e inéditas funciones competenciales que podría estar asumiendo el notariado peruano a efecto de incluir las tendencias resultantes de la dinámica social y las nuevas tecnologías.

ABSTRACT

Societies evolve at such a relentless pace as does today's technology, human groups are continually creating new forms of interaction and therefore, we are creating the right new regulatory needs; likewise the so-called information technology or new technologies (NT), represent major challenges to the law since its originality and permanent mutability require legal operators not only effective regulation but also constant attention to prevent precisely that legal regulation becomes anachronistic. In this work of constant updating and endless assimilation of new legal figures are all operators of the law, within which include those professionals of the public trust, notaries, which are those that are closer and they must respond most immediate way to citizen demands. That is why we want to dedicate this study to analyze and determine what would be the main and unpublished jurisdictional functions that could be assuming the Peruvian notary in order to include the trends emerging in the social dynamics and new technologies.

INTRODUCCION

En todo tiempo y lugar las sociedades evolucionan, progresan, crecen; y no sólo nos referimos al número de sus habitantes, siempre tendiente al crecimiento sobre poblacional, sino también a la diversidad cambiante de sus relaciones sociales, a los nuevos patrones culturales establecidos, a las innovaciones tecnológicas que permiten otras formas de interrelación humana, a los nuevos medios de comunicación, a las actuales necesidades laborales, a los novedosos mecanismos de intercambio comercial, etc. En todas estas distintas y nuevas esferas de acción humana no existe una regulación positiva idónea, es decir no hay norma escrita o la que existe es deficiente o está desactualizada. Empero esta deficiencia no es perpetua ni tardía, de la forma más inmediata posible el Derecho aparece para regular estos aspectos tan diversos e innovadores derivados de la dinámica social y del uso de las nuevas tecnologías, en este objetivo todos los operadores jurídicos (jueces, especialistas, fiscales, abogados, funcionarios públicos y otros) hacen su esfuerzo de estar actualizados y de asimilar, primero dentro de sus estudios teóricos, y luego dentro de su práctica profesional, a todas estas innovaciones que les permitan un mejor desempeño en su actividad laboral. En este contexto el notario público peruano, también un profesional del Derecho, no puede estar ajeno a estos grandes cambios y tiene la obligación de estar permanentemente actualizado e ir introduciendo en su quehacer laboral las actuales pautas de conducta e interrelación humanas que emanan de la siempre versátil dinámica social y del incontenible avance

en el uso de las nuevas tecnologías. En el presente trabajo nos hemos dedicado al estudio de esta temática apasionante y original, para ello hemos evitado detenernos en aspectos superficiales referidos por ejemplo a si un notario usa una computadora o si tiene presencia en las redes sociales, aspectos que bien pueden merecer otras investigaciones (aunque de escasa relevancia jurídica); lo que aquí nos interesa es lo sustancial, no la forma, por ende nos resulta más importante que podamos conocer cuáles podrían ser estas modernas competencias notariales que los profesionales de la fe pública podrían estar asumiendo en el corto y mediano plazo en nuestro país, se trata de una tarea analítica y propositiva pero que redituará en una adaptación más inmediata y efectiva del notariado a los tiempos modernos que nos sobrevienen con rapidez.

En este objetivo fundamental hemos dispuesto sendos capítulos para resolver las numerosas inquietudes que tenemos al respecto, a saber: En el **Capítulo I** nos dedicamos a sentar las bases históricas y teóricas que han apuntalado el moderno Derecho Notarial, entre ellas la referida precisamente a su origen que puede remontarse al inicio de las primeras grandes civilizaciones humanas, también contemplamos su regulación legal vigente en el Perú a la fecha, lo cual nos situará en el examen de las funciones competenciales notariales en la actualidad. En el **Capítulo II** entramos de lleno a analizar cuáles podrían ser esas nuevas funciones competenciales de naturaleza notarial que el cambio social podría imponer, no sin antes determinar cómo es que la dinámica social se

inserta en el mundo jurídico para exigir de él la creación de normas jurídicas; en esta parte propondremos que las nuevas competencias notariales producidas por la dinámica social puedan ser: la celebración del matrimonio, la formalización del acuerdo de unión civil y de las uniones poliafectivas y, también la interdicción civil ante notario. En el **Capítulo III** determinaremos también que nuevas competencias notariales pueden asumirse desde la perspectiva del influjo que las nuevas tecnologías están teniendo en la vida social humana, sobre todo aquella que alcanza preeminencia de carácter jurídico; en este contexto propondremos una mejor regulación de las funciones competencias relativas, por ejemplo: al notario como fedatario informático, al testamento *on line* y al legado digital, y a la modernización diríamos necesaria de algunos servicios notariales que implicaría: el uso de la carta notarial electrónica, la custodia notarial de bienes digitales y la copia telemática de escrituras públicas. Por último decimos que el trabajo que presentamos a continuación no es perfecto ni pretende serlo, es el inicio de una ruta apasionante que consiste en el aprendizaje logrado en el estudio de estas disciplinas respecto de las cuales ya no podemos desligarnos: las nuevas tecnologías que tan fuertemente se han arraigado en nuestra vida personal, laboral y comunitaria, y el Derecho que nosotros, hombres de ley, vivimos y respiramos todos los días en la procura, siempre, de un mundo mejor.

Mg. Marco Antonio Camacho Zárate

Arequipa, noviembre 2016

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO ACTUAL

DEL DERECHO NOTARIAL EN EL PERÚ

1.-APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y AL CONCEPTO DE DERECHO NOTARIAL.

Los historiadores del Derecho apuntan con énfasis al mundo occidental para encontrar los primeros rastros del quehacer jurídico, como señala el estudioso Roberto Rodríguez Gaona sumido en esta tradición: *“Lo jurídico nace con los signos característicos del mundo griego. Aquí surge por primera vez la idea de ley, cuya importancia es vital para entender las explicaciones ofrecidas por los griegos”*², sin embargo líneas después el autor señala que una característica de este Derecho primigenio consistía en que los griegos no hacían una distinción clara entre derecho y moral, es decir que no había una disociación³ entre estas disciplinas, sino más bien una integración. Sin embargo, creemos nosotros que si esta es una característica fundamental para encontrar los orígenes del Derecho pues tendríamos que ir mucho más allá de los

² RODRIGUEZ GAONA, Roberto. **LA IDEA DEL DERECHO.** Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México, 2006. p. 26.

³ *“En los griegos el derecho y la ley no constituyen capítulos separados del Estado ni mucho menos disociados de la moralidad. Por ende, la relación entre el derecho y el poder queda expresada en el derecho y la ley del estado. Sin embargo, esa ley y derecho tienen una legitimidad trascendente que escapa, en un principio, a los designios humanos. (...)*

Ahora bien, es menester destacar que los griegos no diferenciaron el derecho de la moral. Inclusive, ambos tenían un carácter político que los vinculaba indefectiblemente al estado. Debemos a los griegos la perplejidad emanada de la unión indisoluble del derecho y la moral, y la asociación de los dos con la estructura política estatal.”
Ibidem, pp. 27-29.

griegos ya que otras civilizaciones humanas que les precedieron crearon figuras y reglas jurídicas que sobreviven hasta nuestros días y en donde indiscutiblemente el derecho y la moral estaban asociados. Al respecto Enrique Aftalión y otros señalan, al hablar justamente del surgimiento del Derecho en los pueblos primitivos, que: *“Este conjunto de reglas de conducta, ese conglomerado de normas consuetudinarias con marcada tonalidad religiosa, rodeaba con indiscutible autoridad toda la vida del individuo; aparecen así hermanados moral, Derecho y religión. Esta situación se refleja aun en las primeras codificaciones, como el Código de Hammurabi o la ley mosaica.”*⁴. Si hemos de buscar, entonces, los antecedentes más originarios del Derecho debemos, en consecuencia, no sólo centrarnos en la cultura occidental sino acudir a las culturas de Oriente Medio (por ejemplo la egipcia o la babilónica) para profundizar en esa historia, el citado Código de Hammurabi por cierto refleja ya reglas que muy bien constituyen un Derecho Civil y Penal incipiente. Ahora bien, para no disgregarnos en demasía, si hemos dicho que el surgimiento del Derecho puede encontrarse aún antes de los griegos, ¿lo mismo cabe decir al tratar de establecer el surgimiento histórico del Derecho Notarial? Pues sí. Y no nos referiremos a la simple función del sacerdote o jefe de tribus de constituirse en testigo de los actos jurídicos de los miembros de sus comunidades⁵, sino en verdaderas actividades

⁴ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; y, RAFFO, Julio. **INTRODUCCIÓN AL DERECHO**. Tercera edición. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999. p. 387.

⁵ El tratadista Alfonso Barragán se refiere a los antecedentes prehistóricos de la actividad notarial en los siguientes términos: *“La función notarial debió de aparecer en su forma más elemental cuando la comunidad dispuso de algún medio de escribir; es*

de certificación notarial; es así que en un verdadero registro histórico acerca del origen del derecho notarial debemos considerar los siguientes antecedentes:

1.1.-EN LA CULTURA EGIPCIA.

En el antiguo Egipto el conjunto mayoritario de la población era analfabeto, sin embargo algunas personas destacaban en el conocimiento de la escritura y las matemáticas con lo cual podían constituirse en secretarios de los detentadores del poder, vale decir: del Faraón, la nobleza y los comerciantes. Estos personajes al saber leer, escribir y contar, recibían el nombre de escribas y tenían como principal función la de reproducir los mandatos del Faraón, conocían de la contabilidad del imperio sobre todo en lo relativo a la recaudación de impuestos y, en lo importante, redactaban documentos privados de carácter contractual que, luego, con el sello sacerdotal, alcanzaba el carácter de documento público⁶, lo cual constituye una fuente originaria e

*casi seguro que el arte de escribir lo practicaron personas de especiales condiciones por sus conocimientos, por su honradez, por su respetabilidad y que, debido a ello, sobresalieron entre sus congéneres; por esta razón, los instruidos y capacitados debieron acudir a aquellos para que, en primer término, les enseñarán las reglas y normas de la incipiente vida jurídica y luego les elaboraran escritos sobre sus convenios, ajustándolos a las costumbres o a las leyes mediante signos o señales para identificarlos y darles seguridad. Lo anterior no es pura imaginación, porque los continuos descubrimientos arqueológicos que se han llevado a cabo confirman la existencia de tablillas con un contenido análogo al que se describe.”. BARRAGAN, Alfonso M. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL**. Editorial Temis, Bogotá, 1979. pp. 14-15..*

⁶ *“En Egipto, los escribas eran delegados del colegio de sacerdotes y su trabajo consistía en redactar los contratos que celebraban los particulares, los cuales debían autenticarse por un sacerdote para que fueran considerados documentos públicos. Esta circunstancia implica que el escriba egipcio sólo era un redactor de los actos de los particulares, y quién daba fe o certeza de los mismos, era el sacerdote.”.*

indiscutible del moderno derecho notarial. Los escribas egipcios (recordemos que el Antiguo Egipto fue la primera cultura humana en inventar la escritura) por su formación que, como ha reseñado José Velasco Montes iba más allá de la escritura⁷, le daban el verdadero contenido jurídico que debían contener los contratos los cuáles alcanzaban forma física no sólo en los papiros, sino también en tablas de arcilla, trozos de pizarra y pergaminos de cuero, lo cual constituye otra característica fundamental del naciente Derecho escrito.

1.2.-EN LA CULTURA HEBREA.

En la cultura hebrea los escribas alcanzaron mayor desarrollo y, por ende, una clasificación propia de acuerdo a su alcance social, tenemos así: a los escribas del Rey que ya no se limitaban a transcribir sus órdenes sino que más bien autentificaban que sus mandatos procedían de dicha autoridad máxima y no de otro funcionario; los escribas de la ley, por su parte, eran los intérpretes de las normas de su tiempo, recordemos que las leyes hebreas tenían también forma escrita, entre ellas tenemos a las Leyes de Moisés y al Talmud; los escribas del pueblo se dedicaban a redactar acuerdos y contratos, por ejemplo de compra

PEDRAZA, Enrique Antonio. **EL NOTARIO PÚBLICO. FUNCIONARIO AL MARGEN DEL ESTADO.** S.e., Mexico, 2004. p. 17.

⁷ *“Para cualquier cargo público había que ser escriba, pero tenía que saber algo más que leer, escribir y aritmética: tenía que saber todo lo que debe saber un funcionario: nombre de países, regiones, plantas, divinidades, festividades, funciones, títulos administrativos, reglas de buena conducta, etcétera. (...)*

Por otra parte, y dentro de sus funciones, se encontraba la de redactar contratos, actas judiciales o cartas entre particulares. Los sacerdotes de los templos, que también sabían escribir, se dedicaban más a copiar textos y a transmitir fórmulas rituales.”.
VELASCO MONTES, José Ignacio. **EGIPTO ETERNO**, 10000 A.C.-2500 A.C. Ediciones Nowtilus, Madrid, 2007. pp. 123-125.

venta y de arrendamiento, y convenciones matrimoniales; por último los escribas del Estado eran secretarios y asesores de los altos funcionarios y cumplían también funciones judiciales. De estos tal parece que los denominados escribas del pueblo son los que mejor recogen las funciones que hoy en día están asignadas a los notarios; es así que algunos estudiosos consideran que la cultura hebrea contiene también un antecedente histórico relevante de la función notarial moderna⁸. Mientras que otros son más prudentes y menos entusiastas en esta afirmación, ya que si bien en estas épocas la tarea de la redacción documentaria servía para producir un documento público y otorgarle certidumbre jurídica, se señala, como lo hace Ponciano López Juárez, que éstos carecían del otro elemento fundamental de la actividad notarial que es la fe pública:

“...el "escriba" hebreo y el egipcio no constituyen más que precedentes muy remotos del escribano actual; en común tienen todos ellos que se dedicaban y dedican a la redacción de documentos. Es evidente que nuestra profesión está ligada, desde el año 2600 a.C. aprox., a las escrituras y al arte de la redacción. El término "notario", en su uso paradigmático, designa a la persona que redacta documentos y, consecuentemente, "Notariado" significa todo lo relativo a las notae, tabellae, en fin, a

⁸ *“El escriba del pueblo, según dijimos, redactaba las convenciones vinculadas con contratos de compraventa, de arrendamiento o bien de matrimonio. Los tres primeros [el escriba del Rey, el escriba de la ley y el escriba del Estado] indudablemente eran funcionarios estatales. Quién sabe si lo fue el escriba del pueblo; pero en cualquiera de los supuestos, lo destacable es que su quehacer estaba vinculado con la actividad privada, y, en consecuencia, podríamos encontrar en este escriba del pueblo una actividad semejante a la del notario en cuanto a redactor de documentos.”.* BROMBERG, Susana Haydeé. **EL NOTARIO EN EL DERECHO HEBREO**. En: **REVISTA MAJ'SHAVOT / PENSAMIENTOS**. Volumen 38, Número 1. Seminario Rabínico Latinoamericano, Buenos Aires, 2000. p. 41.

las escrituras.

Desde épocas muy remotas se ha requerido de una persona capacitada para asentar por escrito acontecimientos importantes de la vida pública, en un principio, y de la privada posteriormente. Se trata, pues, de un "redactor testimoniante" que, precisamente, por conocer el arte de la escritura le otorga credibilidad a los documentos por él redactados. Éstas son características esenciales del notario contemporáneo, son, incluso, elementos definitorios. Sin embargo, nos falta un elemento primordial para poder hablar propiamente de un antecedente de nuestra institución jurídica: la fe pública."⁹

Con todo, el escriba hebreo, creemos, merece también ser considerado como una fuente remota del notariado moderno, no solo por su injustamente menospreciada calidad de redactor de documentos son que, por ello mismo, con su capacidad y conocimientos testificaba los actos jurídicos más importantes de su época como una compraventa o el matrimonio, los cuales serán de máxima importancia después en el notariado moderno.

1.3.-EN LA CULTURA GRIEGA.

Como bien señala Héctor Ornelas K.: *"En Grecia, existían diversos funcionarios encargados de redactar los contratos y registrarlos, principalmente, los Mnemón (el que redacta o hace memoria) que*

⁹ LÓPEZ JUÁREZ, Ponciano. **EL NOTARIO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO.** En: **REVISTA MEXICANA DE DERECHO.** Número 3, Colegio de Notarios del Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 2001. p. 162.

*formalizaban los contratos privados y los tratados públicos.*¹⁰, sin embargo, en esta época surgió una innovación que constituiría el germen del futuro derecho registral, nos referimos a que los acuerdos elaborados por el *mnemón* no quedaban en simples documentos escritos sino que eran registrados por otro funcionario dedicado específicamente a esa actividad: los *singraphos*; de este modo se gestaba la asociación, mantenida hasta nuestros días, de la actividad notarial con la registral.

1.4.-EN LA CULTURA ROMANA.

El imperio romano, como sabemos, se caracteriza por su alto nivel de organización y por el establecimiento de un sistema jurídico férreo y completo cuyas figuras jurídicas e instituciones nos han llegado hasta la actualidad; en esta época varios funcionarios estatales romanos asumieron la labor de los escribas hebreos y egipcios y de los *mnemones* griegos, entre ellos los *scribae*, los *notarius*, el *tabularius* y el *tabelion*. El especialista Miguel Sánchez Maluf en su estudio sobre el derecho notarial romano ha nombrado casi una treintena de funcionarios de la época que según otros autores podrían haber desempeñado algunas funciones notariales, pero felizmente a renglón seguido cuestiona con fundamentos esta aseveración¹¹; por eso nosotros nos

¹⁰ ORNELAS K., Hector. **APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO NOTARIAL.** En: **REVISTA DE DERECHO NOTARIAL MEXICANO.** Agosto, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México D.F., 1971. p. 57.

¹¹ “*En Roma, los autores mencionan una larga lista de agentes que de una manera u otra llevaron a cabo actividades relacionadas con las que son propias del notario de nuestros días. De esta manera incluyen a los notarii, scribae, tabeliones, tabularii, chartabularii, actuarii, librarii, emanuenses, logographi, refnendarii, cancelarii, diastoleos, censuales, lobelenses, numerarii, scriniarii, cornicularii, exceptores,*

dedicaremos a continuación a sumillar la labor de los ya mencionados. Los scribae romanos, herederos de la tradición hebrea y egipcia, se encontraban al servicio de los pretores y por ello se dedicaban a redactar los decretos y resoluciones de esta autoridad, asimismo tenían la importante función de resguardo de documentos. El notarius cumplía funciones secretariales sobre todo en lo relativo a dar forma escrita a las exposiciones orales de magistrados, abogados o de los ciudadanos en cuanto a acuerdos entre ellos o a disposiciones testamentarias de última voluntad. Los tabularius llevaban un registro de los nacimientos y del estado civil de los ciudadanos romanos y también custodiaban los documentos testamentarios y todos aquellos que revistieran especial importancia para su dueño, asimismo los tabularius efectuaban a solicitud inventarios de la propiedad pública y privada. El tabelión era igualmente un especialista en la lectura y escritura de documentos pero no actuaba directamente al servicio de algún funcionario romano sino más bien su actuación estaba dirigida a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, en cuanto a la redacción documentaria (por ejemplo cartas, contratos, testamentos, etc.) como también el de brindar asistencia jurídica para esos acuerdos escritos o, incluso, los verbales. Como es de ver, y conforme la historia ha registrado, los scribae, como los notarii y los tabularii eran funcionarios al servicio del Estado romano, en cambio

epistolares, consiliarii, congñitores, apparitores, lictores, accensi, viatores, praecones, arúspices, tibirii, notarii, etcétera.

*A pesar de que la lista parece ser interminable, pensamos que en realidad no todos estos funcionarios son verosímiles antecedentes directos del notario.”. SÁNCHEZ MALUF, Miguel. **LA FUNCIÓN NOTARIAL EN ROMA**. En: **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**. Volumen 8, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba-Argentina, 2003. p. 161.*

los *tabeliones* igualmente eran especialistas pero estaban más vinculados a las necesidades de los ciudadanos, es decir del pueblo romano, en lo relativo a dar certeza y legalidad a los actos propios de su desenvolvimiento social, familiar, comercial, etc. Posteriormente, con el desarrollo político y jurídico que alcanzó el imperio romano, los *tabeliones* alcanzaron mayor preponderancia y se consolidaron como técnicos en seguridad jurídica y garantes de las relaciones particulares de los ciudadanos de Roma, lo cual hace decir a los especialistas, sin desmerecer los antecedentes hebreos, egipcios y griegos, que los *tabeliones* constituyen los antecedentes históricos más exactos de los notarios modernos. Al decir de Ponciano López *“el tabelion contaba ya con una especie de fe pública, pues se trataba de un funcionario público que le otorgaba valor probatorio a los actos por él redactados”*¹², es decir en el *tabelión* romano se presentaba no solo el elemento de la redacción documentaria especializada sino también el del otorgamiento de fe pública, el cual es un elemento infaltable en la moderna actividad notarial.

1.5.-EN LA EDAD MEDIA.

En la Edad Media los Estados teocráticos poseían un fuerte influjo religioso no solo en cuanto a las ideas o creencias de los gobernantes sino, sobre todo, a la composición de su organización política y jurídica, por ende muchos de los funcionarios estatales eran sacerdotes o

¹² LÓPEZ JUÁREZ, PONCIANO. *Op.Cit.*, p. 165

perteneían al clero; en esta situación la actividad notarial no podía ser una excepción y fue asumida por los monjes que, igualmente capacitados para tal fin, daban garantía de fe pública a los documentos que expedían de modo tal que se les llamó notarios eclesiásticos. Sin embargo, siendo la Edad Media un periodo de amplia dispersión no solo en el tiempo sino también en la geografía (ya que implicó la existencia de grandes y pequeños feudos, muchas veces con considerables distancias entre ellos), quizás ello determinó la necesidad de que los funcionarios notariales estén más cerca tanto de los regentes de gobierno (vale decir, príncipes, condes, marqueses, etc.) y también de los comerciantes y el pueblo, es por eso que surgieron también estos profesionales, llamados notarios laicos en oposición a los notarios eclesiásticos, que alcanzaron igual preponderancia que sus pares en la honrosa tarea de otorgar seguridad jurídica a la actividad de los particulares de la época. Sin embargo, tal y como fue una característica de los Estados feudales la permanente pugna entre el poder de la Iglesia y el poder de los gobernantes, así también sucedió con la función notarial entre aquella que provenía de los miembros del clero y los denominados notarios laicos. Este conflicto ocurrido en un largo periodo histórico ha sido magníficamente reseñado por Héctor Ornelas del siguiente modo:

“La historia del notariado del Siglo XIII a principios del XIX, se puede resumir ...en lucha de jurisdicciones, en virtud de la diversidad de escribanos que existían, principalmente en lo que toca a la pugna de notarios laicos y eclesiásticos, ...lucha de competencias entre escribanos; lucha contra la enajenación de oficios; lucha por la unificación de la función notarial y por la

obtención de categoría de funcionario público y lucha por la integración total de la función...”¹³.

Lo importante de esta aproximación histórica radica en que la exigencia de considerar al notario como funcionario público llegó finalmente en el Siglo XIX con el advenimiento del influjo positivista a través de la Ley del 25 de Ventoso del Año XI (Calendario Republicano Francés), dada años después de la Revolución Francesa (1789) y en la que se incorpora por primera vez en una norma la consideración de que los notarios son, en efecto, funcionarios públicos. Eduardo Bautista Pondé que ha estudiado esta ley histórica ha dicho lo siguiente:

“Esta ley francesa es tenida como clave del reordenamiento del notariado de tipo latino y su significación es trascendente como que ha inspirado no pocas leyes orgánicas...

Conocida con el nombre de 25 de Ventoso del Año XI de la Revolución Francesa, fecha que corresponde al 16 de marzo de 1803 acorde con el calendario gregoriano. (...)

Su primer artículo definía al Notario diciendo que "son los funcionarios públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos a que las partes deban o quieran dar el carácter de autenticidad propio de lo público y para asegurar la fecha, conservar su depósito y librar copias y testimonios". El artículo recogía conceptos ya conocidos y agregaba el ingrediente nuevo que, con el transcurso de los años, provocó no poca confusión en la notaría y en los poderes públicos: calificó al Notario como funcionario público.”¹⁴.

¹³ ORNELAS K., Hector. *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁴ PONDÉ, Eduardo Bautista. **LEYES GENÉTICAS Y CONFIGURATIVAS DEL NOTARIADO Y DEL DOCUMENTO NOTARIAL.** En: **REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY.** Tomo 63, Número 9-10, setiembre-octubre. Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU), Montevideo, 1977. p. 433.

Pese a que dicha norma acentuó el debate, vigente hasta hoy en día con ciertos matices, acerca de la condición de funcionarios públicos de los profesionales, no cabe duda que constituyó un hito legislativo fundamental en la valoración y reconocimiento legal de la función notarial y de su importancia al interior de las naciones y los pueblos. Tiempo después las legislaciones nacionales, incluido el Perú, irían recogiendo estos aportes y construyendo sus propias normas dedicadas a regular la actividad notarial, pero esa ya es otra historia.

1.6.-CONCEPTO MODERNO DE DERECHO NOTARIAL.

La aproximación histórica que hemos efectuado respecto del derecho notarial nos sirve, además de referencia académica necesaria, como un paso importante para poder determinar cuáles son los elementos de esa historia que han confluído para lograr un adecuado concepto de derecho notarial en la actualidad; algunos de estos elementos ya descritos son, por ejemplo, que la labor notarial ha sido siempre encomendada a personas capacitadas y competentes para realizar dicha actividad, no se trataba de un oficio común que cualquiera podría desempeñar sino de uno muy especial que requería condiciones de letrado; asimismo para nosotros destaca el hecho de que los más antiguos antecedentes de la profesión notarial eran también depositarios de la confianza social puesto que ejercían labores de resguardo y/o custodia de documentos de valor, lo cual implicaba no solo una seguridad para el propietario sino que la comunidad en general valoraba y confiaba en el desempeño neutral del

custodio y en los actos jurídicos que de él se desprendían. Precisamente otro elemento de esta incipiente actividad notarial consistía en la redacción de documentos, muchos de ellos de importante valor jurídico como contratos de compraventa, testamentos e incluso algunos relativos a la institución matrimonial, facultad que innegablemente también ha llegado hasta nuestros días; asimismo se nos ha hecho evidente que el notario (escriba o tabelión) quizás por sus méritos académicos o su condición de letrado se encontraba pendiente y preparado para asimilar los avances de la evolución social de su comunidad y, con ello, recibía de mejor manera las situaciones y nuevas figuras jurídicas que procedían del medio social; por último, y no menos importante, el añadido histórico por el cual estos profesionales revestían su actividad de “fe pública” significó la consolidación del notariado y su vínculo final con la modernidad que ha llegado hasta la actualidad, ahora en cuanto a si son o no funcionarios públicos es claro que ese debate ya se ha resuelto como veremos más adelante.

En cuanto al concepto específico de derecho notarial varios autores se han pronunciado con solidez señalando los caracteres que deberían contener esta especialidad jurídica. Augusto Diego Laferriere, por ejemplo, señala que el derecho notarial es: *“el conjunto de normas que regulan sistemáticamente el fenómeno notarial, las cuales se encuentran*

*dispersas en el ordenamiento jurídico vigente*¹⁵, si bien hay aquí una evidente tautología, tal parece que esta será una característica de la mayoría de definiciones de esta disciplina, empero es cierto que el notariado no cuenta con una codificación única sino que sus alcances y competencia están distribuidos en varios cuerpos normativos. Luis Riera Aisa define al derecho notarial como *“aquel complejo normativo que regula el ejercicio y efectos de la función notarial, con objeto de lograr la seguridad y permanencia en las situaciones jurídicas a que la misma se aplica”*¹⁶, con este concepto nos vamos abriendo hacia una comprensión del derecho notarial como agente de seguridad jurídica dentro del medio social. El notario mexicano Rafael Núñez Lagos, reconocido por encuadrar al derecho notarial como un *derecho de las formas* hace una precisión al respecto indicando que: *“El Derecho notarial es, por tanto, ante todo, un Derecho documental que se refiere a una clase de documentos -los documentos públicos-, y dentro de éstos, a una categoría, más restringida y típica: los instrumentos públicos.”*¹⁷, por ello Núñez Lagos excluye con toda razón de la categoría de formas contempladas por el Derecho Notarial a: las formas verbales u orales, las

¹⁵ LAFFERRIERE, Augusto Diego. **CURSO DE DERECHO NOTARIAL: ANOTACIONES EFECTUADAS DURANTE EL CURSADO DE LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO NOTARIAL.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Entre Ríos-Argentina, 2008. p. 23.

¹⁶ Citado en: VILLAVICENCIO CARDENAS, Miguel. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL.** Jurista Editores, Lima, 2012. p. 372.

¹⁷ NUÑEZ LAGOS, Rafael. **EL DERECHO NOTARIAL COMO RAMA PARTICULAR DEL DERECHO.** En: **REVISTA NOTARIAL. ÓRGANO DEL COLEGIO DE NOTARIOS DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS.** Volúmenes III y IV, Años IV y V, Tomo I, Números 13-19 tomo I Abril de 1953-Diciembre de 1954. Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal, México D.F., 1954. p. 49.

formas escritas que no son documentos públicos y las formas públicas que son producidas por otros funcionarios (por ejemplo jueces o autoridades administrativas). José María Mengual y Mengual, por su parte, define al derecho notarial como *“aquella rama científica del Derecho público que, constituyendo un todo orgánico sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntaria y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del Poder público”*¹⁸, en esta conceptualización encontramos un elemento adicional que algunas veces pasa desapercibido y otras veces es motivo de polémica, nos referimos al hecho de que el notario es un funcionario que actúa investido de un poder especial que le ha sido otorgado en base a sus méritos académicos y su especialización profesional, ahora respecto a que si el notario es o no un funcionario público sabemos que ese es un debate de distinta naturaleza al que aquí nos convoca. Lo que si podemos hacer es proponer una definición de derecho notarial que contenga, para satisfacción nuestra, la mayoría de elementos anteriormente descritos; entonces definimos al derecho notarial como: ***“La disciplina del Derecho que estudia la legislación relativa a la actividad notarial y sus competencias destinadas a brindar autenticidad, seguridad y fe pública a los actos o hechos de las personas naturales o jurídicas”***. Al ser un derecho instrumental, la disciplina notarial es un derecho eminentemente práctico, por ello la mayoría de sus postulados parten de una legislación que es,

¹⁸ En: **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**. Tomo 7, Letra D. Editorial Driskull, Buenos Aires, 1998-2004. pp. 88-89.

precisamente, hacía donde debemos dirigirnos en nuestro análisis y en la búsqueda de su estado actual en el Perú.

2.-REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO NOTARIAL EN EL PERÚ.

2.1.-DECRETO LEGISLATIVO N° 1049, DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO.

En la actualidad la actividad notarial en el Perú está regulada por el Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, dado el 25 de junio de 2008; de primera impresión llama la atención que una norma fundamental que regula la función notarial provenga de un decreto legislativo y no de una ley, esto se debió a que el Poder Ejecutivo fue dotado de la facultad de expedir leyes que sean acordes con el Tratado de Libre Comercio que nuestro país suscribió con Estados Unidos (TLC Perú - EEUU), y en este marco promulgó esta norma lo cual fue abiertamente cuestionado por profesionales y la opinión pública, incluso el Colegio de Abogados de Lima interpuso una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Expedientes N° 0009, 00015 y 00029-2009-PI-TC), el cual la declaró infundada aunque en su fallo se resuelve que algunos artículos son inconstitucionales y, por ello, han sido modificados posteriormente, pero con todo el Decreto Legislativo del Notariado sigue vigente. Situación diferente fue la de su norma reglamentaria que fue promulgada a través del Decreto Supremo N° 003-2009-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, del 5 de marzo del 2009, y que fue también cuestionada por no haber sido

publicada en el Diario Oficial El Peruano como correspondía y, por ello, objeto de una demanda constitucional de Acción Popular (Expediente N° 2450-2010) interpuesta ante el Poder Judicial, que finalmente determinó que este Decreto Supremo N° 003-2009-JUS era nulo, ilegal e inconstitucional. Motivo por el cual, estando vigente el Decreto Legislativo N° 1049, y declarado nulo e inconstitucional su norma reglamentaria, se procedió a expedir una nueva norma mediante el Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, dado el 22 de julio del 2010. Estas son las normas básicas que ordenan la actividad notarial en nuestro país y que a la fecha se encuentran vigentes, veamos ahora qué nos dice ésta normatividad que pueda ser relevante en la evolución histórica y la búsqueda del estado actual de la profesión notarial que venimos siguiendo. Entrando en materia diremos que el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, define al principal titular de la actividad notarial en los siguientes términos:

“Artículo 2.- El Notario

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.”.

Según mandato de la norma, entonces, el notario es un profesional

calificado en Derecho, la cual es una posición moderna y mayoritaria ya que gran parte de sistemas jurídicos señalan como exigencia fundamental el hecho de que el notario sea abogado de profesión, entendiendo esto porque la totalidad de su actividad o es jurídica o tiene efectos jurídicos, como dice José Musalem al definir al notario público: “Se trata de un hombre de Derecho cuya función es eminente jurídica”¹⁹. En este sentido resulta coherente y complementario lo establecido en el artículo 3 de esta norma, referido al carácter personal, autónomo, exclusivo e imparcial de la función notarial, la cual está sujeta a responsabilidad²⁰. Seguidamente, la norma desarrolla un conjunto de artículos dirigidos sobre todo a la organización del sistema notarial, por ejemplo en cuanto al ámbito territorial del ejercicio de la función notarial (artículo 4), la fórmula para determinar el número de notarios en determinada circunscripción (artículo 5) y las formas relativas al ingreso a la carrera notarial (artículo 6 y ss.). Un artículo importante de este Decreto Legislativo del Notariado (artículo 16) es el relativo a las obligaciones de los profesionales que ejercen la función notarial, dentro de la casi veintena de deberes exigibles al notario debemos destacar aquellos que se relacionan con nuestra temática de estudio, entre los cuales corresponde citar a los siguientes:

¹⁹ MUSALEM S., José. **EL ABOGADO Y EL NOTARIADO**. En: PACHECO GÓMEZ, Máximo (Director). **LA ABOGACÍA Y SUS OPCIONES PROFESIONALES**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997. p. 149.

²⁰ Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado:
*“Artículo 3.- Ejercicio de la Función Notarial
El notario ejerce su función en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial.
El ejercicio personal de la función notarial no excluye la colaboración de dependientes del despacho notarial para realizar actos complementarios o conexos que coadyuven a su desarrollo, manteniéndose la responsabilidad exclusiva del notario”.*

“Artículo 16.- Obligaciones del Notario

El notario está obligado a:

- e) Guardar el secreto profesional.*
- g) Acreditar ante su colegio una capacitación permanente acorde con la función que desempeña.*
- i) Contar con una infraestructura tecnológica mínima que permita la interconexión con su colegio de notarios, la informatización que facilite la prestación de servicios notariales de intercambio comercial nacional e internacional y de gobierno electrónico seguro.²¹*
- l) Proporcionar de manera actualizada y permanente de preferencia por vía telemática o en medios magnéticos los datos e información que le soliciten su colegio y el Consejo del Notariado. Asimismo suministrar información que los diferentes poderes del Estado pudieran requerir y siempre que no se encuentren prohibidos por ley.”*

Con estos deberes nos resulta claro que la tradición histórica del notario como un custodio fiel de los bienes de valor de las personas (naturales o jurídicas) continúa vigente, más aún hoy en día cuando la información,

²¹ No debemos olvidar que la interconexión que se le pide al notario no solo es con su gremio profesional sino también con las entidades del Estado que proveen información pública; empero cabe aquí una crítica que consiste en que esta misma interconexión cabe exigirla de las entidades del Estado entre sí, ya que es común la excusa burocrática de que determinada información no se encuentra en una entidad sino en otra, obligando al usuario administrado a nuevos trámites. Empero en este sentido ya se están dando importantes pasos, por ejemplo tenemos el Decreto Supremo N° 133-2013-PCM, Decreto Supremo mediante el cual se establece el acceso e intercambio de información espacial entre entidades de la Administración Pública, publicado el 27 de diciembre del 2013, norma destacable pero que sabemos tomará mucho tiempo para su completa implementación. Es por ello que conviene preguntar: ¿todas las entidades del enorme Estado peruano estarán habilitadas para cumplir con esta norma, contarán con los recursos para ello? No lo sabemos pero esperemos que la propia Administración estatal esté en camino de saberlo, por lo menos para ello cuenta con la Encuesta Nacional de Recursos Informáticos en la Administración Pública, que fue aprobada mediante Resolución Ministerial N° 310-2013-PCM, publicada en diciembre del 2013, y que en lo más importante dispone la aplicación anual de dicha encuesta a efecto de recopilar información que sirva para proceder a *actualizar o elaborar los Planes Estratégicos en Tecnología de la Información y Comunicaciones (TIC)*.

que es un bien inmaterial, ha alcanzado un valor preponderante en nuestras sociedades, asimismo la norma le da especial importancia a la labor de capacitación permanente que deben realizar los notarios lo cual significa que en la actividad notarial se presenta un ritmo dinámico que requiere actualizaciones constantes para estar a la par de la actualidad y no quedarse desfasado. En el inciso i) del artículo antes citado se pone de relieve la necesidad de que los notarios cuenten con un equipamiento tecnológico básico a fin de brindar sus servicios notariales a través de los medios electrónicos, lo cual es perfectamente compatible con la investigación que aquí estamos llevando a cabo; lo mismo sucede con el mandato del inciso l) que establece el intercambio de información manejado por el notario y que es requerida por otras autoridades e instituciones sea transmitida a través de un medio electrónico o de un soporte digital.

Otros artículos enteramente significativos son los relativos a las delimitaciones que aporta el Decreto Legislativo del Notariado sobre la fe pública (artículo 24) y los instrumentos públicos notariales, sean estos protocolares y extraprotocolares (artículos 23, 25 y 26), en cuanto a la fe pública la norma dice:

“Artículo 24.- Fe Pública

Los instrumentos públicos notariales otorgados con arreglo a lo dispuesto en la ley, producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie.

Asimismo, producen fe aquellos que autoriza el notario utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia.”

Esta norma base indica que los instrumentos públicos²² en sede notarial producen fe en cuanto los datos ahí contenidos consten en presencia del notario, situación que no ha variado a lo largo de la historia del notariado ya que los actos jurídicos en efecto eran realizados en su presencia; sin embargo, ¿qué sucede en la actualidad si queremos realizar un acto jurídico que requiera fe pública notarial y no contamos con la presencia física del notario? Para estos casos la norma anticipa que también existirá fe pública en los casos que el notario, sin estar físicamente presente, utilice la tecnología de firmas y certificados digitales, lo cual evidentemente es un gran paso hacia la modernización de la función notarial y la adaptación de los profesionales notarios a los nuevos tiempos; aun cuando lo veremos más adelante no está de más citar que la norma a la que nos remite el artículo precitado es la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, del 26 de mayo del 2000, y el Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales. Seguidamente el Decreto Legislativo del Notariado hace una larga enumeración y desarrollo de cuáles son esos instrumentos públicos protocolares y extraprotocolares que son materia de la función notarial, además de referirse a los órganos propios de la institución notarial y a su régimen disciplinario.

²² “Los documentos son instrumentos públicos porque intervienen un funcionario público en su otorgamiento, tal es así que tenemos los notariales, judiciales, administrativos y otros, en tal sentido, será un documento que reúna los requisitos de intervención de un funcionario público, y quien tiene competencia para dar autenticidad a un documento y revestirlo de las formas legales”. RIMASCCA HUARANCCA, Angel. **EL DERECHO REGISTRAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL REGISTRAL**. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2015. p. 42.

**2.2.-DECRETO SUPREMO N° 010-2010-JUS, TEXTO ÚNICO
ORDENADO DEL REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO
N° 1049, DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO O LEY DEL
NOTARIADO.**

El Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, como es obvio, se dedica a desarrollar de manera más específica algunos temas dispuestos en su norma base, por ejemplo en el caso del encuadre teórico acerca de la naturaleza jurídica del notario vemos que hay una mayor precisión que vale la pena anotar, nos referimos al artículo 4 que literalmente dice:

Artículo 4.- De la definición.

El notario es el profesional del derecho encargado, por delegación del Estado, de una función pública consistente en recibir y dar forma a la voluntad de las partes, redacta los instrumentos adecuados a ese fin, les confiere autenticidad, conserva los originales y expide traslados que dan fe de su contenido. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

El notario no es funcionario público para ningún efecto legal.

Entonces si bien el notario cumple una función pública, lo hace a través de una delegación especial que el Estado le concede, pero que no le confiere la condición de funcionario público²³ tal como lo señala

²³ Gunther Gonzales Barrón, al hablarnos de la función notarial y refiriéndose al Reglamento del Decreto Legislativo del Notariado, también participa acerca del debate sobre si los notarios son, o no, funcionarios públicos: *“La mejor doctrina, en efecto, habla de la función pública y privada del notario. Si solo existiese la primera, entonces se daría fe del hecho en su estado natural, tal como ocurrió, en forma pasiva. Por la*

expresamente el último párrafo de este artículo; este criterio, prevalente en la doctrina notarial²⁴, zanja el tema acerca de la discusión histórica sobre la condición de funcionario público de los notarios. Ahora bien, en cuanto a lo medular esta norma reglamentaria hace un conjunto de exigencias relativas al mandato efectuado en el artículo 16, incisos h) e i) del Decreto Legislativo del Notario referidos a la infraestructura física y tecnológica básica con la que deberán contar los notarios al prestar sus servicios profesionales. En este sentido el numeral 5 del artículo 10 de este Reglamento dispone lo siguiente:

“Artículo 10.- De las obligaciones.

5. De acuerdo a lo establecido en los incisos h) e i) del artículo 16 del Decreto Legislativo, el notario deberá acreditar ante su Colegio contar con la infraestructura física y tecnológica mínima, antes de iniciar sus actividades. La infraestructura física mínima requerirá por lo menos contar con un ambiente privado distinto al de atención al público para las audiencias de separación

*segunda, en cambio, el notario colabora en la confección del acto mediante su actividad profesional, por lo que incide en los mismos hechos que van a documentarse. El notario no es un fotógrafo de la realidad (Sciello), sino, que él mismo ha contribuido a crear esa realidad porque se inserta en medio de los hechos, los anticipa, asiste preventivamente en ellos, los conforma jurídicamente. Esta actuación hace que el notario se encuentre inmerso en una misión antilitigiosa, pues la fe pública busca, además, un "equilibrio no precario de los opuestos intereses de las partes" (D'orazi). Sin quererlo, seguramente, el reglamento citado ha reafirmado estas conclusiones: la negativa de la condición funcional hace que se trate de una función profesional y privada; mientras que paralelamente admite que el notario ejercita una función pública.”. GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. **DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL**. Volumen 3. Editora y Distribuidora Ediciones legales, Lima, 2015. pp. 1455-1456.*

²⁴ *“Por la naturaleza del servicio que presta, ha primado el criterio de que no es un funcionario público dependiente del Estado, ya que no tiene ninguna de las características de éste. El notario o escribano es un oficial público que realiza actos públicos, que sustenta parte de la soberanía del Estado, la de la fe pública. Pero para ejercer esta función debe ser imparcial e independiente y no tener en el ejercicio de su cargo autoridad alguna por encima de él que pudiera influir sus decisiones.”. MUSALEM S., José. *Op. Cit.*, p. 145.*

convencional. La infraestructura tecnológica mínima requerirá por lo menos lo siguiente:

Para la Capital de la República, capitales de departamento y Provincia Constitucional del Callao:

- a. Teléfono y fax.*
 - b. Sistema de protección electrónico y estabilizador de corriente.*
 - c. Computadora (mínimo Pentium IV), impresora y escáner para la elaboración de instrumentos públicos protocolares.*
 - d. Software de seguimiento de contratos con información centralizada y uso de base de datos.*
 - e. Software para confección de índices.*
 - f. Red Lan (en caso de tener más de una computadora).*
 - g. Internet (como mínimo 512 KBPS de subida y cortafuegos, de existir disponibilidad del servicio).*
 - h. Elementos de seguridad (Hardware y software) que garanticen la integridad de los documentos electrónicos y físicos, y de la información, mediante el uso de firmas y certificación digital.*
 - i. Lectora de huellas biométricas.*
- (...)”.*

Ahora si bien esta norma es del año 2010 podemos darnos cuenta que pese al esfuerzo por detallar lo que sería un equipamiento tecnológico básico ha quedado prontamente desfasada ya que hoy en día las computadoras Pentium IV están casi obsoletas y se han visto superadas por otras de mayor potencia como las Core i3, i5 e i7, de doble, triple y hasta de cuatro núcleos; nos parece poco probable que en la actualidad una Pentium IV pueda poseer los software informáticos necesarios para una actividad notarial actualizada y permanente, al mismo tiempo estar conectada a los hardware (de seguridad o de lectura de huellas biométricas, por ejemplo) y, encima, tener conexión a internet sin que

sufra permanentes saturaciones y no pocos reinicios del sistema; para el caso sería necesario computadoras mucho más potentes e incluso conectadas a servidores propios donde se pueda almacenar con suma seguridad la información digital que resulte de los servicios notariales que se brinden. Esto es harto más evidente si tenemos en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 23²⁵ de este Reglamento el notario puede implementar otras medidas de resguardo de naturaleza electrónica como *códigos de seguridad o información encriptada*.

El Decreto Legislativo del Notariado (artículo 94 inciso i) indica con propiedad la posibilidad de que la manifestación de voluntad de terceros pueda ser transmitida por medios electrónicos, pues bien al respecto la norma reglamentaria lo ha refrendado, como no podía ser de otra manera, indicando que dicha transmisión de voluntad se realice a través de la tecnología de firmas y certificados digitales (artículo 43 numeral 2). Las demás disposiciones de esta norma están referidas, entre otros, a la estructura y funcionamiento del Consejo del Notariado y al régimen

²⁵ Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado:

“Artículo 23.- De las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad para la autorización de los registros del colegio de notarios respectivo a que se refiere el artículo 39 del Decreto Legislativo, pueden consistir en sellos de seguridad, firmas manuscritas o elementos tecnológicos, que incluyen, pero no se encuentran limitados, a códigos de seguridad e información encriptada. Estos elementos tecnológicos deben contener cuando menos los datos siguientes: número de registro, fecha y hora, y deberán ser firmados digitalmente por él o los representantes del Colegio de Notarios correspondiente.

La autorización del Registro de Protesto llevado en soporte magnético, deberá ser igualmente solicitada por el notario antes de su utilización, debiendo el colegio de notarios aprobar y llevar un control de tales solicitudes en los que se incluya la fecha de solicitud, descripción del soporte magnético y demás datos que se estime necesario. El notario responderá por la debida conservación del soporte magnético.”.

disciplinario. Destaca, entonces, el esfuerzo en estas dos normas de proponer una regulación del régimen notarial que esté acorde con la asimilación de los medios informáticos a la práctica usual de los servicios que presta el notario público, sin embargo así también ya se ha hecho evidente que esta regulación se ha vuelto anacrónica ya que, como sabemos bien, el ritmo del avance social y el de las nuevas tecnologías avanza mucho más rápidamente de lo que alcanza la ley a regularla.

3.-IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL: LA FE PÚBLICA.

Desde los tiempos inmemoriales descritos y hasta la actualidad que nos domina, la función notarial ha estado permanentemente ligada al desarrollo de la sociedad a través de una labor exclusiva no asignada a ningún otro funcionario, que lo mantiene ligado muy de cerca a las necesidades de certidumbre jurídica de la ciudadanía. Se trata entonces de que la actividad notarial ejerce una importante función social debido, sobre todo, a que sus principales caracteres se involucran directamente con el desarrollo social y económico de los ciudadanos y las naciones, para Mónica Tambini Ávila la importancia de la actividad notarial proviene de sus principales funciones prácticas, las cuales en su opinión son:

“a) Función preventiva.

La intervención del Notario tiene lugar con anterioridad al conflicto, ya que mediante la adecuada instrumentación de los actos jurídicos y contratos, evita a las partes que se generen posteriores discrepancias.

b) *Función calificadoradora.*

Entre las actividades funcionales del Notario se encuentra la de encuadrar los hechos a las normas jurídicas. El Notario determina la relación de derecho que corresponde a los hechos que se le presentan. Recibe, interpreta, investiga y da forma legal a la voluntad de las partes. (...) Los documentos autorizados por él generan presunción de legalidad

e) *Función de asesoramiento.*

El Notario brinda asesoramiento permitiendo a las partes comprender la naturaleza y efectos o consecuencias jurídicas del acto que van a celebrar ante él.”²⁶.

Todas estas funciones específicas y eminentemente prácticas²⁷ el notario las aplica cubriéndolas de un manto de seguridad jurídica que se extiende no solo a las partes involucradas sino a todo el ordenamiento jurídico, esta seguridad o garantía de verdad acerca del contenido del instrumento público es certificado por el notario a través de la fe pública. Esta fe pública no es una fe inmaterial o subjetiva, no es una creencia sin fundamento²⁸ o sin su correlato material, sino que es una fe que proviene de los hechos, de la realidad, de la común sociabilidad humana, y el Estado le ha otorgado capacidad al notario (y ciertamente a otros

²⁶ Citado en: VILLAVICENCIO CARDENAS, Miguel. *Op. Cit.*, p. 20.

²⁷ José Carneiro recopila otras funciones de la actividad notarial que son, en esencia, las mismas ya anotadas, para el efecto cita a Antonio Bellver señalando lo siguiente: “Antonio Bellver Cano en su obra *"Principios del Régimen Notarial Comparado"* expresa que la función notarial comprende las cuatro siguientes actividades: Aconsejamiento a los otorgantes respecto a las decisiones y determinaciones de su voluntad, redacción de las declaraciones que recibe de los particulares, adaptándolas a las exigencias legales; constatación de los actos jurídicos (contratos) extendiéndolos documentalente; y, autorización de tales documentos confiriéndoles plena y definitiva autenticidad y eficacia.”. CARNEIRO, José A. **DERECHO NOTARIAL**. Segunda edición. Editora Distribuidora INAF, Lima, 1988. p. 16.

²⁸ “El concepto de fe pública no es la convicción o creencia del espíritu en lo que no percibe, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos o indiscutibles los hechos y actos sometidos a su amparo, creamos o no en ellos.”. LAFEFERRIERE, Augusto Diego. *Op.Cit.*, p. 217.

funcionarios) para conocer de esos hechos, describirlos y otorgarles calidad de existentes para el mundo del Derecho²⁹. La fe pública, por otro lado, no solo se instala en el acto de la suscripción del instrumento público sino que se extiende más allá del consultorio notarial, los efectos del surgimiento del instrumento público empiezan a extenderse hacia las demás personas y bienes que conforman la realidad social, tanto en el tiempo como en el espacio, quizás por ello Carlos Nicolás Gattari dice que la fe notarial se *espacializa*:

“...el hecho histórico producido en la audiencia notarial es transeúnte, efímero. Quien ejerce la función lo fija en el instrumento y, al quedar registrado, se espacializa, se dosifica, entra en la dimensión estática. De este modo, y a pesar de que el instrumento como tal es voz muerta, sigue enviando a quien lo percibe, su mensaje de verdad y de seguridad embebido en la fe notarial, sobre cuya base se construye el derecho real y vívido de todos los días, en una sociedad ordenada.”³⁰.

Entonces, la sociedad humana se desenvuelve a través de una cantidad impresionantemente de actos de relación entre particulares e instituciones, siendo que gran parte de éstos, tienen relevancia jurídica que se trata de transacciones, acuerdos, certificaciones, contratos, transmisiones sucesorias, etc., cuya garantía de verdad no pasa por la Administración Pública ni tampoco por el Poder Judicial y, por lo tanto, se

²⁹ “El objeto material sobre el cual recae la ciencia del derecho son los hechos humanos jurídicos. Mas el principio de imputación kelseniano establece que, frente a sus hechos, la persona es responsable; y no solamente la persona física sino también la persona jurídica, pues ella es “el soporte de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos”.”. GATTARI, Carlos Nicolás. **EL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL**. Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1969. p. 30.

³⁰ GATTARI, Carlos Nicolás. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL**. Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. p. 13.

acude al notario para que convierta el hecho social en un instrumento público y lo dote de fe pública. Ahora bien ¿las funciones competenciales asignadas a los notarios en el Decreto Legislativo del Notariado y su Reglamento son las únicas? Claro que no, las competencias notariales exceden grandemente lo dispuesto en estas leyes como veremos seguidamente.

4.-FUNCIONES COMPETENCIALES DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL PERÚ.

Las competencias asignadas a cualquier órgano jurisdiccional decisorio (el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, la Administración Pública, etc.) están expresamente enunciadas en la ley; en el caso de la actividad notarial igualmente sus competencias están asignadas en varias normas, algunas de las cuales ya hemos dado cuenta. Precisamente si seguimos los principales cuerpos normativos referidos a la actividad notarial podemos clasificar a las competencias notariales en dos grandes grupos:

- 1) Los relativos a los instrumentos públicos protocolares.
- 2) Los relativos a los instrumentos públicos extraprotocolares.

4.1.-COMPETENCIAS RELATIVAS A LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES.

Los instrumentos públicos notariales de carácter protocolar han sido definidos por el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, como aquellos actos de relevancia jurídica *que el notario incorpora al protocolo notarial* y que debe conservar y, de ser el caso, expedir los traslados correspondientes. El protocolo notarial se

refiere al archivo notarial formal y ordenado en donde constan los registros depositarios de los instrumentos públicos protocolares; de estos registros, contemplados también en el artículo 37 del Decreto Legislativo del Notariado, podemos inferir cuáles son los principales actos jurídicos que el notario realiza en el ejercicio de esta función competencial, a saber:

- a) Registro de escrituras públicas³¹.
- b) Registro de testamentos.
- c) Registro de protesto.
- d) Registro de actas de transferencia de bienes muebles registrables.
- e) Registro de actas y escrituras de procedimientos no contenciosos.
- f) Registro de instrumentos protocolares denominados de constitución de garantía mobiliaria y otras afectaciones sobre bienes muebles; y,
- g) Otros que señale la ley.

³¹ La mayoría de escrituras pública requieren una minuta previa pero el Decreto Legislativo del Notariado nos indica en su artículo 58 que hay un conjunto de actos jurídicos escriturables que no requiere exigencia de minuta previa, de las cuales también podemos derivar otras competencias notariales, a saber:

Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado

“Artículo 58.- Inexigencia de la Minuta

No será exigible la minuta en los actos siguientes:

- a) *Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del poder.*
- b) *Renuncia de nacionalidad.*
- c) *Nombramiento de tutor y curador en los casos que puede hacerse por escritura pública.*
- d) *Reconocimiento de hijos.*
- e) *Autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad.*
- f) *Aceptación expresa o renuncia de herencia.*
- g) *Declaración jurada de bienes y rentas.*
- h) *Donación de órganos y tejidos.*
- i) *Constitución de micro y pequeñas empresas.*
- j) *Hipoteca unilateral.*
- k) *Otros que la Ley señale.”*

La escritura pública es, por antonomasia, el principal instrumento público que un notario expide y se define como el documento en el cual se hace constar fundamentalmente la descripción detallada del acto jurídico convocante y la identificación plena de quiénes la suscriben, este documento luego formalizado con el sello y firma del notario es ingresado al protocolo notarial en su versión original y con un conjunto de formalidades que inmediatamente le confiere al documento el carácter de escritura pública y, por ende, le dota de la seguridad jurídica que sus firmantes y la comunidad ansían.

Empero, es momento de hacer una precisión adicional y muy importante, en virtud de la promulgación de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, del 20 de setiembre de 1996, y sus posteriores modificatorias, se amplió el ámbito de las competencias notariales para incluir precisamente en este Registro de actas y escrituras de procedimientos no contenciosos, conforme lo prevé el artículo 1 de la ley, las siguientes competencias:

“Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:

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:”

- 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.”*

No es difícil comprobar que desde la dación de esta ley en 1996, y pese a que la norma no exige la obligatoriedad de que tales actos tengan que ser recurridos forzosamente ante el notario sino que dicha facultad es elegible por el interesado, nos hemos dado cuenta del éxito y la eficacia de estas nuevas competencias notariales porque permiten que un gran sector de usuarios eviten ir al Poder Judicial y asistan al notario para otorgarle el mismo carácter de verdad jurídica a sus actos documentales. Asimismo, llama poderosamente la atención que en su tiempo estas innovadoras competencias fueron producto de la correcta asimilación de las nuevas tendencias de la dinámica social, dentro de ellas destaca claramente, por ejemplo, la separación convencional y el divorcio ulterior y el reconocimiento de la unión de hecho, aspectos sociales que nunca habían alcanzado tratamiento jurídico en la actividad notarial, y que hasta la fecha se mantienen como importantes competencias notariales logrando no sólo una desconcentración de la excesiva carga procesal que tiene el Poder Judicial sino, por sobre todo, una mayor cercanía de los ciudadanos con el servicio rápido y eficaz que prestan los notarios en el Perú. Ahora bien, este asunto, el de la disminución de la sobrecarga que enfrenta el Poder Judicial no es menor o irrelevante puesto que tanto

a nivel general, como el de las políticas de Reforma Judicial emanadas desde el Estado, o de manera más específica a través de los resultados de nuestra investigación, se hace evidente que lo que deseamos todos los operadores jurídicos y la sociedad misma es que nuestro sistema de justicia funcione con rapidez y eficiencia, por supuesto que en este objetivo se presentan varios elementos, cada uno por cumplir, pero el mencionado, el de aligerar la sobrecarga procesal transfiriendo a los notarios algunas de las competencias antes exclusivamente judiciales, redundará en beneficio inmediato de los usuarios en cuanto a sus actos jurídicos particulares y, al mismo tiempo de la legitimidad y certidumbre de nuestro sistema jurídico.

4.2.-COMPETENCIAS RELATIVAS A LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS EXTRAPROTOCOLARES.

Los instrumentos públicos notariales de carácter extraprotocolar son documentos igualmente de relevancia jurídica referidos a actos, hechos o circunstancias presenciados por el notario pero cuya suscripción no corresponde necesariamente ser añadidos al protocolo notarial (a menos que sea a solicitud de la parte interesada, según el artículo 96 del Decreto Legislativo del Notariado³²), dentro de estos instrumentos públicos extraprotocolares están las actas y otras certificaciones

³² Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado:

“Artículo 96.- Incorporación al Protocolo

Las actas y certificaciones a que se contraen los artículos que preceden, son susceptibles de incorporarse al protocolo notarial, a solicitud de parte interesada, cumpliéndose las regulaciones que sobre el particular rigen.

Son también susceptibles de incorporarse al protocolo notarial los documentos que las partes soliciten.”.

notariales. En cuanto a las actas, según el artículo 94 del Decreto Legislativo del Notariado, éstas pueden ser:

- a) De autorización para viaje de menores.
- b) De destrucción de bienes.
- c) De entrega.
- d) De juntas, directorios, asambleas, comités y demás actuaciones corporativas.
- e) De licitaciones y concursos.
- f) De inventarios; y subastas.
- g) De sorteos y de entrega de premios.
- h) De constatación de identidad, para efectos de la prestación de servicios de certificación digital.
- i) De transmisión por medios electrónicos de la manifestación de voluntad de terceros; y,
- j) De verificación de documentos y comunicaciones electrónicas en general.

Aquí también podemos notar que la ley en comentario se ocupa de añadir la competencia relativa a la transmisión de la manifestación de voluntad de terceros mediante los medios electrónicos en este caso respecto a actas notariales; ahora en cuanto a las certificaciones el artículo 95 del mismo Decreto Legislativo del Notariado señala que éstas pueden ser:

- a) La entrega de cartas notariales.
- b) La expedición de copias certificadas.
- c) La certificación de firmas.
- d) La certificación de reproducciones.
- e) La certificación de apertura de libros.
- f) La constatación de supervivencia.
- g) La constatación domiciliaria; y,

Aún cuando las oficinas notariales cuentan, dentro de sus asistentes, a

abogados especializados en la redacción de contratos y documentos jurídicos, el notario público en sí mismo no está obligado propiamente a la redacción de los escritos que se convertirán en los denominados instrumentos públicos extraprotocolares, lo que si hace es darle la formalidad jurídica a través del sello y la firma notarial y devolver al usuario los ejemplares y/o las copias que le hayan sido solicitadas.



CAPÍTULO II

NUEVAS COMPETENCIAS NOTARIALES DERIVADAS DEL AVANCE DE LA DINÁMICA SOCIAL EN EL PERÚ

1.-LA DINÁMICA SOCIAL COMO AGENTE CREADOR DE DERECHO.

Lo que nos ha enseñado el capítulo precedente podemos resumirlo en las siguientes sencillas líneas: en primer lugar, el notario público desde su surgimiento en los orígenes de la civilización era una persona letrada, cultivada en el entonces solitario arte de leer y escribir, con vastos conocimientos acerca de la comunidad que habitaba y de las relaciones de los detentadores del poder con sus súbditos; en segundo lugar, su condición de notario le permitió progresivamente estar más cerca de los ciudadanos como un testigo oficial de sus relaciones sociales, comerciales, familiares, etc., que con su actuación oficiosa alcanzaban importante valor jurídico; en tercer lugar, el desarrollo histórico y la consolidación de la actividad notarial no ha culminado con su positivización en las normas legales, sino vemos que estas leyes se reescriben continuamente para adaptarse a los nuevos vientos que surcan siempre a las sociedades humanas. Sin embargo, antes de pasar a analizar justamente cuáles aspectos de la dinámica social podrían conducirnos a establecer nuevas competencias para el trabajo notarial, debemos preguntarnos, con ánimo investigador, ¿qué es la dinámica social? y si ¿realmente la dinámica social puede producir un cambio en el Derecho, tanto en el sentido de una norma nueva o de modificar una ya existente?

En cuanto a lo primero, diremos sin dificultad que la dinámica social se refiere a aquellos actos o formas que se instalan en las sociedades como producto del desarrollo natural de los grupos humanos, Luciano Gallino le llama adecuadamente “agregados sociales”³³. En cuanto a lo segundo, nuestra respuesta es aún más categórica de lo que podría asumirse ante esta inquietud, para nosotros el principal motor de la creación normativa es precisamente el cambio social. Desde los tiempos remotos del surgimiento del Derecho primitivo las reglas jurídicas se imponían justamente porque la realidad social lo demandaba, las primeras comunidades humanas organizadas dirigidas por un Jefe requerían de sólidas reglas que garantizaran la convivencia social; luego, con la complejidad que alcanzaron las posteriores civilizaciones (Imperios, Feudos, Monarquías y Repúblicas) igualmente la dinámica social estaba un paso por delante del Derecho que le ha seguido a veces con rapidez, pero muchas veces con lentitud y demasiada selectividad. Tal parece que el recordado aforismo romano “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*” que señala que: “*Donde hay hombre, hay sociedad; y*

³³ “*Dinámica Social. A. Parte de la sociología, llamada también "Dinámica" o "Sociología dinámica", que estudia las variaciones, el mudamiento y el desarrollo de un estado a otro de los principales tipos de agregados sociales, sociedades, comunidades, instituciones, grupos, asociaciones, junto con sus factores. Por extensión, la exposición en tratados o manuales del conocimiento obtenido mediante tal estudio. Complementaria de la dinámica social es la estática social.*

*B. Dinámica social y estática social son dos conceptos que nacen juntos a inicios del siglo XIX y que se encuentran en la mayoría de los autores que se han ocupado de ellas, con el trasfondo de un componente organicista común. Ya en 1811 Johann Friedrich Herbert llamaba "dinámica de la sociedad" al estudio de los movimientos de afirmación y de retraimiento de las ideas que se afrontan mediante las asociaciones que las incorporan, dando origen a "voluntades parciales" que culminan en el estado. Para Comte la dinámica social, asimilada al punto de vista fisiológico de la biología, estudia las leyes del movimiento continuo de las sociedades, mientras que la estática social estudia su organización.”. GALLINO, Luciano. **DICCIONARIO DE SOCIOLOGÍA**. Siglo XXI Editores, México D.F., 2005. pp. 311-312.*

donde hay sociedad, hay derecho”, sigue y seguirá vigente en donde exista cualquier colectividad humana, por ello el profesor Imer Flores Mendoza ha afirmado con claridad que el Derecho no es una creación de la naturaleza sino que es un *producto humano social y cultural*³⁴. Ahora bien, ¿son todas las conductas sociales regulables por el Derecho? Pues claro que no, el Derecho no puede ni debe intervenir en todas las actividades humanas porque ello colisionaría con un valor supremo como lo es la libertad; así queda claro que no todas las acciones humanas merecen una regulación jurídica sino que solo aquellas que alcanzan cierta relevancia o interés para el Derecho³⁵, por otro lado también

³⁴ “...el derecho es uno de los sectores que conforman la cultura de cada pueblo; o dicho de otro modo, el derecho es parte de la cultura, y ésta es producto de la sociedad. Por lo tanto, el derecho no es un simple producto de la naturaleza, sino por el contrario un producto humano, social y cultural.

*Los romanos resumieron las ideas anteriores en un acertado aforismo que dispone: Ubi societas, ibi ius; es decir, donde hay sociedad, también hay derecho. Por lo cual, es imposible concebir una sociedad sin derecho, o un derecho fuera de la colectividad. Sociedad y derecho forman un binomio inseparable, en donde, como decía el jurista mexicano Jacinto Pallares "el derecho es la fuerza que coordina todas las actividades sociales del hombre". Sin lugar a dudas, el derecho regula la actividad humana, su función es la de asegurar la coexistencia de los hombres en sociedad. Por esta razón, el derecho tiene la misión de ordenar y armonizar los actos de los miembros de la sociedad, para hacer posible la convivencia humana.”. FLORES MENDOZA, Imer B. **LA DEFINICIÓN DEL DERECHO.** En: **REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO.** Número 209-210, Septiembre - Diciembre, Tomo XLVI. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1996. p. 80.*

³⁵ Paloma Durán y Lalaguna señala que si bien hay una influencia recíproca entre el derecho y la dinámica social, no puede entenderse que todas las actividades sociales influyan decididamente sobre el derecho en su condición de regulador positivo, es decir no todas las acciones humanas deben ser declaradas como permisibles, ya que muchas tendrían en arbitrarias e, inevitablemente, en violatorias de la dignidad humana:

“...la remisión es mutua: no hay función del Derecho sin sociedad que lo fomente y requiera; y tampoco la sociedad está exenta de los efectos que lleve consigo la aplicación de la norma jurídica.

Sin embargo, esto no significa que el Derecho dependa exclusivamente de lo que se plantee como necesidades sociales. Si no hubiera otros puntos de referencia, para justificar el Derecho, habría comportamientos sociales que nunca se hubieran podido calificar como inhumanos. Piénsese en la barbarie de los campos de concentración nazis; o en la aprobación de la esclavitud; o en la protección y defensa de la pena de

podemos asumir que existen hechos sociales que tienen relevancia jurídica pero que no son regulados objetivamente porque aún no se ha presentado el consenso político necesario para su regulación positiva. En todo caso, resumiendo, se hace necesario distinguir las diversas situaciones que pueden presentarse ante la existencia de hechos de la dinámica social que merecerían regulación jurídica, entre ellas comprendemos a las siguientes:

- 1) Hechos de la dinámica social que generan un resultado normativo rápido (por ejemplo: la regulación de las obligaciones alimentarias entre padres e hijos o las normas de lucha contra la delincuencia).
- 2) Hechos de la dinámica social que generan un resultado normativo lento (por ejemplo: la regulación a favor de las personas con discapacidad).
- 3) Hechos de la dinámica social que no generan un resultado normativo por una férrea oposición no jurídica (por ejemplo, los intentos de regulación del aborto que tienen argumentos en contra de carácter religioso y, por ende, falta de consenso político).
- 4) Hechos de la dinámica social que no generan un resultado normativo por una falta de adecuada asimilación jurídica.

En este último caso nos referimos a la deficiente producción normativa del Poder Legislativo que dilata o rechaza la aprobación de proyectos de

muerte para delitos comunes... y un largo etcétera, que no viene sino a confirmar que las necesidades sociales no son arbitrarias.

Obviamente hay numerosos factores que las delimitan, como son la cultura, la economía, la política, la moral... y cada uno de los ordenes normativos, tal y como hemos venido señalando. Sin embargo, hay un mínimo a respetar por toda norma, y que legítima esas necesidades sociales -al fin y al cabo, necesidades humanas- y es la definición de la condición humana.” DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. **NOTAS DE TEORÍA DEL DERECHO**. Publicacions de la Univesitat Jaume I, Castello de la Plana-Valencia, 1997. p. 57.

ley importantes debido a sus severos problemas de organización interna que son evidentemente burocráticos y, también, a los conflictos políticos que alcanzan inusitada prioridad. En todo caso, retomando, hay que decir que a nuestro juicio nos queda claro que las dos últimas situaciones descritas son las que mejor describen el caso de las nuevas competencias notariales que ahora tenemos en estudio y conforme veremos más adelante, empero no debemos descuidar la circunstancia probable de que la legislación ya aprobada sobre materias competenciales de la actividad notarial en los temas que nos convoca (nuevas tecnologías y dinámica social) se encuentren desfasadas y sean, por lo mismo, pasibles de modificación.

2.-NUEVA COMPETENCIA NOTARIAL DERIVADA DE LA DINÁMICA SOCIAL: EL MATRIMONIO CIVIL ANTE NOTARIO.

2.1.-ANTECEDENTES: EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.

Aún antes de que existieran las primeras civilizaciones o los primeros Estados los seres humanos se agrupaban en clanes, hordas, tribus, etc., con objetivos fundamentales de darse seguridad ante agresiones externas, distribuir tareas, compartir alimentos, la vivienda, y, por supuesto, estimula los lazos afectivos entre ellos conformando una familia. El matrimonio primitivo no poseía reglas establecidas para su conformación, la originaria unión matrimonial se sucedía por

costumbre, por la fuerza o, incluso, por conveniencia; luego con la complejidad y el nivel de organización político-religiosa que alcanzaron las primeras sociedades humanas el matrimonio se formalizaba a través de un conjunto de requisitos y ceremonias efectuadas ante la autoridad correspondiente. En Roma, por ejemplo, ya se consideraba la edad de los contrayentes (12 años para la mujer y 14 años para el hombre, como mínimo) y, excepcionalmente, su consentimiento³⁶ como requisitos para el matrimonio; es de recordar, empero, los dos tipos de matrimonio romano: el *cum manu* en donde la mujer estaba sometida al marido, y el *sin manu* en donde ambos cónyuges tenían derechos iguales. No existían mayores reglas, entonces, para la formalización del matrimonio en Roma; en cuanto al acto mismo notamos que existía una serie de tradiciones y ritos (como una ceremonia de carácter religioso, la presencia de testigos, el vestido blanco, y alzar a la novia al ingresar al hogar del contrayente) que cumplían los novios y sus familias, y en donde la única autoridad era el sacerdote romano que sellaba la unión en el nombre de los dioses romanos³⁷. Posteriormente la notable

³⁶ “Podían casarse las mujeres mayores de 12 años y los varones mayores de 14 prestando su consentimiento los contrayentes y sus padres (parentes). Si bien la ley autorizaba a casarse a las mujeres a los doce años, lo más frecuente era que lo hicieran entre los 16 y los 17. Los varones se casaban alrededor de los 25 años, sobre todo, los que realizaban la carrera de los honores (Cursus honorum), ya que a esa edad se alcanzaba generalmente el cargo de cuestor.

En cuanto a la aceptación del matrimonio, en el caso de la mujer bastaba con que el paterfamilias diera su consentimiento, pero en el caso del varón debían aceptar la unión, no sólo el paterfamilias en ejercicio, sino los futuros padres que llegarían a ocupar esa posición, ya que la nueva esposa iba a formar parte de la familia de su marido.”. FERNÁNDEZ URIEL, Pilar; y, MAÑAS ROMERO, Irene. **LA CIVILIZACIÓN ROMANA**. Editorial UNED, Madrid, 2013. p. 77.

³⁷ Olis Robleda nos dice que uno de los rituales del matrimonio romano consistía en: “...un rito sagrado, que se realizaba usando de una hogaza de pan fárreo, ofrecido a Júpiter ...y otras ceremonias o acciones accesorias; celebrado todo él con palabras

influencia que alcanzó la Iglesia en los Estados hizo que el Derecho Canónico cobrara fuerza y que se afirmara la antigua noción cristiana del matrimonio como un sacramento, en donde hombre y mujer eran iguales, cuya competencia exclusiva estaba asignada al Clero, es decir el único matrimonio válido era el que se realizaba ante un sacerdote el cual sentenciaba solemnemente: *lo que Dios ha unido que no lo separe el hombre*³⁸. Esta competencia exclusiva del matrimonio en sede religiosa se mantuvo durante un gran período hasta la consolidación en el Siglo XIX de los principales cuerpos normativos rectores de todas las nacientes Repúblicas, como las Constituciones y los Códigos Civiles.

2.2.-EL MATRIMONIO EN EL PERÚ: DESARROLLO HISTÓRICO Y LEGISLACIÓN VIGENTE.

En el Perú nuestro primer Código Civil, el de 1852, comprende al matrimonio en su artículo 132 en los siguientes términos: “Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la

*solemnes en presencia de 10 testigos y, según Servio, con intervención del Flamen Dialis (sacerdote de Júpiter) y del Pontifex Maximus.”. ROBLEDA, Olis. **EL MATRIMONIO EN DERECHO ROMANO.** Universita Gregoriana Editrice, Roma, 1970. p. 6.*

³⁸ Actualmente el Código de Derecho Canónico mantiene, como no podía ser de otra manera, la exclusividad del matrimonio religioso, en su artículo 1108 puede leerse lo siguiente:

“1108 § 1. Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asistan, y ante dos testigos, de acuerdo con las reglas establecidas en los cánones que siguen, y quedando a salvo las excepciones de que se trata en los cc. 144, 1112 § 1, 1116 y 1127 § § 1 y 2.

§ 2. Se entiende que asiste al matrimonio sólo aquel que, estando presente, pide la manifestación del consentimiento de los contrayentes y la recibe en nombre de la Iglesia.”.

conservación de la especie humana.”. Podría entenderse que iniciada la vida republicana de nuestro país el matrimonio se convirtiera en laico pero no sucedió así, el Código Civil de 1852 en sus artículos siguientes señalaba que el matrimonio estaba a cargo de los tribunales eclesiásticos (artículo 138) y, textualmente, que *el matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el concilio de Trento* (artículo 156); este anacronismo es aún más evidente si tenemos en cuenta que el Concilio de Trento al que hace referencia el Código Civil peruano, data de mediados del Siglo XVI y fue suscrito por el Papa Pio IV. El Código Civil de 1936, felizmente, ya establece requisitos jurídicos más idóneos para la celebración del matrimonio, entre ellos: las partidas de nacimiento, certificados médicos, el consentimiento sea que fuere prestado verbalmente o mediante licencia judicial, los testigos, entre otros (artículo 101³⁹), todos los cuales confluían en el acto de formalización del matrimonio que se realizaba ante el alcalde de la circunscripción de los contrayentes. El Código Civil de 1984, vigente a la fecha, mantiene las formulas del Código

³⁹ Código Civil de 1936:

“Artículo 101.- Los que pretendan contraer matrimonio lo declararán al alcalde provincial o distrital del domicilio o de la residencia de cualquiera de ellos. Acompañarán la partida de nacimiento y la prueba del domicilio o de la residencia actual; el certificado médico de salud, o la declaración jurada de no estar comprendidos en el impedimento expresado en el inciso 4 del artículo 82; el consentimiento para el matrimonio, si procediere y no se prestare verbalmente, o la licencia judicial que lo supla; la dispensa de impedimento, cuando sea necesario; la sentencia de nulidad del precedente matrimonio, la de divorcio, o la partida de defunción del cónyuge premuerto, en sus respectivos casos; el certificado consular que acredite el estado de soltería o de viudez, si fueren extranjeros; y todos los demás documentos que, según las circunstancias, puedan ser necesarios. Producirán los pretendientes, asimismo, la información de dos testigos mayores de edad que los conozcan por lo menos desde tres años antes.”.

predecesor tanto en cuanto a su definición unánimemente aceptada del matrimonio (artículo 234) como la unión voluntaria y concertada entre hombre y mujer, como también en lo relativo a los requisitos para la celebración del matrimonio y a la autoridad que lo avala: el alcalde (artículo 248)⁴⁰, situación que sigue vigente y que no ha tenido modificaciones fundamentales hasta nuestros días. Lo que sí ha experimentado notables cambios es la forma en la que se lleva a cabo la disolución de la familia matrimonial (es decir, el divorcio) y, también, que se ha añadido otro tipo de familia que no pasa precisamente por la formalización del matrimonio pero que alcanza sus mismos derechos y deberes, todo esto en el marco de los grandes procesos de transformación de la sociedad peruana (modernización, migración, crecimiento de la población, etc.) que se vivieron en el Perú a finales del Siglo XX.

⁴⁰ Código Civil de 1984:

“Artículo 248.- 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.

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.”.

En el caso del divorcio, como sabemos, se tenía que activar en exclusiva la vía judicial para proponer una demanda de separación de cuerpos que llevara finalmente a la disolución del vínculo matrimonial, para lo cual había que seguirse fielmente las reglas establecidas en el Código Civil y en el Código Procesal Civil, sin embargo una importante norma fue promulgada el 15 de mayo del 2008 y reorientó el divorcio para que su trámite pueda también hacerse en las municipalidades y notarías del país, hablamos de la Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, la cual en sus artículos 2 y 3 dispone que pueden acogerse opcionalmente a dichas nuevas jurisdicciones los cónyuges que desean poner fin a su unión matrimonial siempre que haya transcurrido más de dos años desde su celebración, para el efecto se determina como nuevas competencias tanto a los alcaldes distritales y provinciales como también a los notarios de la jurisdicción de donde se celebró el matrimonio o del último domicilio conyugal. Por supuesto que para habilitar la jurisdicción notarial (o la municipal, de ser el caso) los solicitantes tiene que cumplir un conjunto de requisitos de fondo y de forma (por ejemplo los establecidos en los artículos 4 y 5 de la referida Ley N° 29227⁴¹) similares a los que se recurren en el divorcio judicial,

⁴¹ Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías:

“Artículo 4.- Requisitos que deben cumplir los cónyuges

Para solicitar la separación convencional al amparo de la presente Ley, los cónyuges deben cumplir con los siguientes requisitos:

*a) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o **acta de conciliación** emitida conforme a ley, respecto de los*

pero de todos modos con la ventaja de que en este caso se trata de un recurso más sumario, expeditivo y eficaz. En este sentido la pregunta cae por su propio peso: si en las notarías las personas pueden divorciarse siguiendo un conjunto de requisitos preestablecidos ¿por qué, en sede notarial, una pareja soltera que cumpla convenientemente los requisitos para tal fin no puede casarse? Esto es tanto más incoherente si tenemos en cuenta que la nueva familia que el Código Civil había reconocido, es decir la familia concubinaria, sí puede ser formalizada legalmente en las notarías conforme una modificación normativa que desde el año 2010 nuevamente amplía las competencias notariales en función de la dinámica social peruana.

regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad; y

b) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

Artículo 5.- Requisitos de la solicitud

La solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad y el último domicilio conyugal, con la firma y huella digital de cada uno de los cónyuges.

El contenido de la solicitud expresa de manera indubitable la decisión de separarse.

A la solicitud se adjuntan los siguientes documentos:

- a) Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges;*
- b) Acta o copia certificada de la Partida de Matrimonio, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud;*
- c) Declaración jurada, con firma y huella digital de cada uno de los cónyuges, de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad;*
- d) Acta o copia certificada de la Partida de Nacimiento, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud y copia certificada de la sentencia judicial firme o **acta de conciliación** respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores o hijos mayores con incapacidad, si los hubiera;*
- e) Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de separación de patrimonios; o declaración jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los cónyuges, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales; y*
- f) Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso.”*

En efecto la unión de hecho había sido reconocida y conceptualizada en el Código Civil de 1984 como la unión voluntaria y mantenida entre varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, y que cumplen deberes y fines semejantes al matrimonio originando así una sociedad de bienes gananciales. Como era de esperarse, no bastaba con el reconocimiento formal de la unión de hecho y de sus derechos derivados, sino que cuando existía algún cuestionamiento sobre esta figura por parte de los concubinos se procedía a presentar una demanda de reconocimiento de la unión de hecho ante el Poder Judicial siguiendo igualmente las reglas predeterminadas por ley. Empero otra modificación competencial a favor de la actividad notarial vino a cambiar este panorama, el 15 de julio del 2010 se promulgó la Ley N° 29560, Ley que amplía la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, y la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, que disponía la modificación del artículo 1 numeral 8 de la Ley 26662 con el siguiente tenor, actualmente vigente:

“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: (...)

8. Reconocimiento de unión de hecho.”

Del mismo modo, la norma modificatoria adiciona varios artículos a la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, a efecto de regular varios aspectos de este reconocimiento notarial de la unión de hecho, por ejemplo en lo relativo a

su procedencia⁴² y requisitos⁴³, la protocolización notarial que alcanzará la solicitud presentada por la pareja concubinaria⁴⁴ y la forma de la inscripción final en el registro correspondiente⁴⁵, entre otros⁴⁶. Todo esto, al igual que en el divorcio notarial, en un procedimiento de reconocimiento notarial de la unión de hecho donde no hay dilaciones ni trámites insospechados sino que todo está sometido al rigor, sencillez y

⁴² Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:
“Artículo 45.- Procedencia.- Procede el reconocimiento de la unión de hecho existente entre el varón y la mujer que voluntariamente cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil.”

⁴³ Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:
“Artículo 46.- Requisito de la solicitud.- La solicitud debe incluir lo siguiente:

- 1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.*
- 2. Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos (2) años de manera continua.*
- 3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.*
- 4. Certificado domiciliario de los solicitantes.*
- 5. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.*
- 6. Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más.*
- 7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.”*

⁴⁴ Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:
“Artículo 48.- Protocolización de los actuados.- Transcurridos quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes.”

⁴⁵ Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:
“Artículo 49.- Inscripción de la declaración de unión de hecho.- Cumplido el trámite indicado en el artículo 48, el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes.”

⁴⁶ Es de recordar que otra modificación reciente le ha otorgado a la pareja concubinaria derechos sucesorios iguales que a los de la pareja matrimonial, esto debido a la promulgación, el 16 de abril del 2013, de la Ley N° 30007, Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de Uniones de Hecho, la misma que en su artículo 4 incorpora al artículo 326 del Código Civil un último párrafo que a la letra es como sigue:

“Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.”

predictibilidad de la actividad notarial; lo cual hace aún más inexplicable la situación de que el matrimonio, siendo de igual o mayor trascendencia social que la unión de hecho, no pueda ser reconocido en el Perú mediante la actividad notarial.

2.3.-EL MATRIMONIO NOTARIAL EN ALGUNAS EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO.

No son muchos los sistemas jurídicos que aceptan que un matrimonio sea celebrado ante notario público, esto no se debe a que tal propuesta normativa sea incorrecta o violatoria de algún derecho fundamental, sino, como ya es evidente a la altura de nuestra exposición, es debido a un anacronismo y/o una deficiencia de los Poderes Legislativos de las naciones que no asimilan la necesidad y pertinencia de habilitar esta nueva competencia a los notarios. Por el contrario, citaremos a continuación algunas experiencias de derecho comparado en donde se ha habilitado esta función y cuya introducción normativa ha sido recibida con entusiasmo por parte de la ciudadanía y los operadores jurídicos, empero es de aclarar antes que no nos referiremos a los aspectos formales y específicos de las normas bajo comentario, ya que en todas ellas se citan los requisitos de las personas que quieren casarse y que, como es de comprender, son los mismos en los diferentes países; anotaremos más bien lo sustancial del asunto que consiste en la existencia de la norma y la remisión de la formalización del matrimonio hacia la jurisdicción notarial.

En **Colombia** desde hace ya varias décadas existe el matrimonio civil ante notario, o matrimonio notarial, la cual se lleva a cabo por mandato del Decreto 2668 del 26 de diciembre de 1988, en cuyo artículo primero se contextualiza esta competencia dentro de los siguientes términos:

“Artículo primero: 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 representantes legales, en la forma prevista por la ley.”

Esta norma colombiana, que no supera la decena de artículos, regula, entonces, los aspectos relativos al matrimonio notarial y establece los principales requisitos y los detalles de su procedimiento, por ejemplo la exigencia de que la solicitud de matrimonio vaya acompañada de los documentos respectivos (artículo segundo y tercero), la publicación del edicto por parte del notario por cinco días hábiles (artículo cuarto), el otorgamiento de la escritura pública (artículo quinto) y finalmente su inscripción en el registro civil (artículo séptimo). Otros aspectos que llaman la atención de esta norma son: que, como ya habíamos previsto nosotros anteriormente, se trata de un procedimiento sencillo y efectivo que no añade ni disminuye nada fundamental de los requisitos y trámites que se gestionan comúnmente en un matrimonio civil ante un alcalde; asimismo, destaca el hecho de que la norma ve al matrimonio como un contrato (artículo sexto⁴⁷), lo cual evidencia la pertinencia de que el

⁴⁷ Decreto 2668 del 26 de diciembre de 1988, de Colombia.

*“Artículo sexto: **En la escritura que contenga el contrato matrimonial** se expresará el nombre, apellido e identidad de los contrayentes, lugar y fecha de nacimiento,*

notario sea quién también pueda formalizar dicha relación contractual; por último llama poderosamente la atención el hecho de que siendo la celebración del matrimonio un acto personalísimo la norma colombiana permita el **matrimonio por poder** para el caso de la ausencia del varón, conforme lo prescribe el primer párrafo del artículo noveno⁴⁸ de la norma bajo comentario, lo cual es un signo, para nosotros, de la seguridad y solidez del sistema jurídico colombiano⁴⁹ que no coloca obstáculos ni formalidades excesivas a los tramites ciudadanos sino que los libera de esas cargas.

El Código de Familia de **Costa Rica** también dispone el matrimonio ante notario, en su artículo 24 señala que las autoridades que pueden celebrar matrimonios son los jueces, alcaldes, gobernadores y, también

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. Asimismo, se harán constar las legitimaciones a que hubiere lugar. Presentes los contrayentes, el notario leerá personalmente la escritura, y será suscrita por los intervinientes y el notario en un solo acto.”. (el subrayado es nuestro)

⁴⁸ Decreto 2668 del 26 de diciembre de 1988, de Colombia.

“Artículo noveno: Podrá contraerse matrimonio estando presente la mujer y el apoderado del varón, en la forma establecida en el artículo 11 de la Ley 57 de 1887.”.

⁴⁹ Ciertamente, en el caso peruano también existe el matrimonio por apoderado, sin embargo nosotros queríamos destacar que el matrimonio notarial colombiano ha adoptado sin limitaciones las formas y solemnidades de su matrimonio civil ya hace casi tres décadas, materia en la cual aquí estamos relegados. El matrimonio por apoderado está contemplado en el Código Civil peruano en su artículo 264 que a la letra dice:

“Artículo 264º.- Matrimonio por apoderado

El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de celebración.

El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente.

El poder caduca a los seis meses de otorgado.”.

los notarios como vemos a continuación:

“Artículo 24: El matrimonio se celebrara ante la autoridad de la jurisdicción en donde haya residido durante los últimos tres meses cualquiera de los contrayentes. Tales autoridades serán, un Juez Civil o un Alcalde Civil, o el Gobernador de la Provincia.

Los notarios públicos están autorizados para celebrar matrimonios en todo el país. El acta correspondiente se asentará en su protocolo y deberán conservar en el de referencias, la copia respectiva.

Los contrayentes podrán recurrir para los trámites previos a la celebración, ante los funcionarios judiciales o administrativos indicados, o ante un Notario.

Los funcionarios judiciales o administrativos no podrán cobrar honorarios por los matrimonios que celebren.

El funcionario ante quien se celebre un matrimonio está obligado a enviar todos los antecedentes y acta del mismo o certificación de ésta, al Registro Civil.

Cuando quien celebre un matrimonio no observe las disposiciones de este Código, el Registro Civil dará cuenta de ello al superior correspondiente, a fin de que imponga la sanción que procediere y en todo caso al tribunal penal competente para lo de su cargo.”.

Este largo artículo y los siguientes del Código de Familia costarricense lo que hacen es subsumir el matrimonio notarial dentro de los demás matrimonios celebrados ante otro tipo de autoridades, de modo tal que no se trata de un acto jurídico con requisitos diferentes sino de un matrimonio con formalidades únicas celebrado ante distinto tipo de funcionarios, lo cual por supuesto simplifica el procedimiento y hace que los usuarios puedan elegir la moción más conveniente ya que todas ellas le otorgan el mismo nivel de seguridad jurídica, aunque en efecto

podemos decir que el procedimiento notarial ofrece la ventaja de constituirse en un servicio más rápido y personalizado que el que ofrecen las demás instancias.

Este modo de plantear el matrimonio notarial, sin otorgarle un procedimiento específico sino más bien añadiéndolo a la codificación civil en la materia de familia, es también seguida por **Honduras** cuyo Código de Familia también autoriza la formalización de la sociedad conyugal ante notario en su artículo 23 que a la letra dice:

Artículo 23

El matrimonio debe autorizarse por el Alcalde Municipal del domicilio de los contrayentes o el de cualquiera de ellos, a elección de los mismos.

Los (as) Notarios (as) Públicos quedan autorizados para celebrar matrimonio en todo el país.

El matrimonio celebrado en el extranjero será válido en Honduras, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo último del Artículo 11 de este Código.”

Los demás artículos pertinentes del Código de Familia hondureño se ocupan de establecer los requisitos y formalidades de la celebración del matrimonio (al igual que lo hace por ejemplo nuestro Código Civil peruano) sin introducir ninguna variante o procedimiento distinto del original matrimonio civil, ni tampoco sin dejar de exigir las solemnidades convencionales que hacen de la familia matrimonial la principal institución jurídica de la sociedad.

En **España**, una modificación introducida a su Código Civil por la Ley

15/2015, nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobada el 2 de julio del 2015, establece que los notarios públicos también pueden celebrar el matrimonio civil; el artículo 51 del Código Civil español señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 51.

- 1. La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero.*
- 2. Será competente para celebrar el matrimonio:*
 - 1.º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.*
 - 2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.*
 - 3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.”*

En este caso también podemos notar el modelo recurrente de que el matrimonio notarial queda instalado dentro del matrimonio civil, por lo cual se trata de un procedimiento único que más bien tiene distintos funcionarios encargados de formalizarlo jurídicamente; si bien esta nueva competencia notarial recién podrá llevarse a cabo legalmente a partir del 30 de junio del 2017 debido al mandato de la disposición final 21.3 de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria no deja de ser relevante la incorporación del matrimonio ante notario dentro de la realidad jurídica

y social de España.

2.4.-EL MATRIMONIO COMO COMPETENCIA NOTARIAL EN EL PERÚ.

El matrimonio civil en el Perú es celebrado únicamente por las autoridades que el Código Civil establece de manera expresa, dentro de las cuales se encuentra el alcalde (artículo 259⁵⁰) o, por delegación, los regidores y los funcionarios municipales, los directores o jefes de hospitales o de otros establecimientos de salud, los párrocos y los obispos (artículo 260⁵¹), o incluso un comité especial de las comunidades campesinas y nativas (artículo 262⁵²)⁵³.

⁵⁰ Código Civil del Perú:

“Artículo 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.”

⁵¹ Código Civil del Perú:

“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 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 cuarentiocho horas el certificado del matrimonio a la oficina del registro del estado civil respectivo.”

⁵² Código Civil del Perú:

“Artículo 262.- El matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse también en las comunidades campesinas y nativas, ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad. La presidencia del comité recae en uno de los directivos de mayor jerarquía de la comunidad.”

⁵³ Es de anotar que los funcionarios de Consulados y Embajadas del Perú no están facultados para celebrar matrimonios, sin embargo el Cónsul sí puede registrar los matrimonios realizados dentro de su jurisdicción, esto de acuerdo al artículo 47 del Decreto Supremo N° 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, que indica:

Por increíble que parezca existe un tipo de matrimonio en el Perú que puede llevarse a cabo sin las formalidades de ley y aún así terminar siendo válido, nos referimos al **matrimonio *in extremis***. Antes de ubicar a esta unión conyugal singular dentro de la norma legal peruana hemos de definirlo como el matrimonio que se realiza cuando uno de los contrayentes se encuentra, por una situación de riesgo o de enfermedad, a punto de morir. Este matrimonio, que conforme decimos es especial, si bien es celebrado por el sacerdote o párroco no es el que está referido en la delegación especial efectuada por el alcalde en cumplimiento del artículo 260 segundo párrafo del Código Civil; se trata, en este caso, de una situación aún más especial y que está contemplado en el artículo 268 de este mismo cuerpo de leyes que, a la letra, señala:

“Artículo 268.- Si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, el matrimonio puede celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz. La inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada de la partida parroquial.

Dicha inscripción, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.”

Si bien, entonces, se trata de que la realización del matrimonio está investida de alguna circunstancia difícil para la vida de uno de los

“Artículo 47.- El peruano que contrajera matrimonio en el extranjero puede solicitar la inscripción en cualquiera de las Oficinas Registrales Consulares del país donde se realizó dicho acto. A este efecto presentará copia certificada del acta matrimonial, traducida en caso de estar en idioma extranjero.

En la inscripción se consigna la información establecida en el artículo anterior, expresándose además la autoridad y el lugar donde se celebró el matrimonio.”

contrayentes, no se trata de que la sola celebración ante el sacerdote o párroco le conceda la validez suficiente al matrimonio como para ser considerado como uno de tipo civil; a este efecto la norma dispone que la partida parroquial tenga que ser necesariamente inscrita, bajo sanción de nulidad, dentro del plazo establecido. Esto es concordante con el artículo 44 del Decreto Supremo N° 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, que señala: *“La autoridad que celebre un matrimonio, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil, deberá remitir bajo responsabilidad, dentro de los 15 días posteriores a su celebración, copia del acta a la Oficina Registral más cercana a su localidad.”*. Queda también abierta la posibilidad de que ante el incumplimiento de este plazo por parte de la autoridad (en este caso, el párroco) sean los propios contrayentes del matrimonio, o uno de ellos en el caso de que el otro no haya sobrevivido, quienes lleven a cabo la inscripción de su matrimonio en el registro correspondiente. Con todo resulta evidente que el **matrimonio *in extremis*** celebrado en circunstancias graves o de muerte ante un sacerdote o párroco forma parte de nuestro ordenamiento jurídico civil vigente y tiene plenos efectos jurídicos siempre que se proceda, dentro del plazo señalado, con su inscripción.

En este sentido afirmamos que así como un párroco está investido de autoridad, por delegación, para celebrar un matrimonio, con mayor razón podemos asignar a los notarios esta nueva competencia que, como

profesionales del derecho, estamos seguros que la asumirán con suficiencia.

Esta situación es aún más lamentable si tenemos en cuenta que el 11 de febrero del 2011 el Área de Trámite Documentario del Congreso de la República recibió una propuesta de iniciativa legislativa por parte de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, en dicho documento se acompaña el proyecto de ley que se sumilla como “Ley que modifica los artículos 248°, 250°, 258°, 259°, 260° del Código Civil dando facultad a notarios a celebrar matrimonio civil y amplía facultades de la Ley 26662”. En síntesis este proyecto plantea a través de sus tres artículos: la modificación de varios artículos del Código Civil, la modificación del artículo 1° de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, y la adición de todo un Título a integrarse en esta norma, la Ley 26662. En cuanto a lo primero esta propuesta legislativa sugiere la modificación de la parte pertinente del Código Civil a efecto de añadir esta competencia notarial en los artículos relativos al matrimonio, de tal modo cuando se establece que el alcalde puede celebrar el matrimonio se coloque ahora la fórmula “el alcalde o notario”, lo cual es una modificación sencilla pero coherente con la propuesta fundamental enmarcada en este proyecto de ley. En cuanto a lo segundo, la propuesta señala que se modifique la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, por lo menos en su artículo 1 cuyo texto quedaría así:

*“Artículo 1°.- Asuntos no contenciosos,- los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial **o ante Notario Público** para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:*

(...}

10. Matrimonio Civil.”

Aquí si bien hay un error en la redacción del artículo propuesto ya que da a entender que en el Poder Judicial también se tramitan los matrimonios civiles, está claro que es un problema de redacción legislativa que puede mejorarse; en lo fundamental queda claro que se trata de añadir una nueva competencia notarial que, a todas luces, resultaría importante para nuestra sociedad. En cuanto a lo último el proyecto de ley bajo comentario buscaba añadir a la Ley 26662 un Título X que sumilla “Matrimonio Civil a cargo de Notario”, en la que se establecían ciertos parámetros a tener en cuenta en este novísimo matrimonio notarial, entre ellas la más importante es la que hubiera estado signada en el artículo 59 de esta norma pues se refería a:

“Artículo 59°. Requisitos.

Todos los requisitos exigidos para contraer Matrimonio Civil establecidos en el Código Civil, serán exigibles por el Notario para efectos de proceder a contraer matrimonio de quienes voluntariamente así se lo soliciten.”

Con esto la propuesta legislativa de la Junta de Decanos del Colegio de Notarios del Perú se adscribía a la posición correcta y razonada de que el matrimonio notarial deba poseer los mismos requisitos que se exigen para contraer matrimonio civil ante cualquier otra autoridad, de modo que no se complique el procedimiento sino que sea fluido y expeditivo.

Empero, hasta la fecha no hay mayor pronunciamiento por parte del Poder Legislativo acerca de este proyecto de ley, las legislaturas han pasado sin que se discuta debidamente su promulgación de modo que este proyecto normativo sigue teniendo un retraso injustificado.

3.-NUEVA COMPETENCIA NOTARIAL DERIVADA DE LA DINÁMICA SOCIAL: EL MATRIMONIO O LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL.

3.1.-GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO O LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL.

En nuestro país desde hace años se vive intensamente el debate acerca de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, es decir del matrimonio homosexual; los principales difusores y responsables del debate no son profesionales del Derecho, por el contrario son: comunicadores sociales, opinólogos, políticos y funcionarios de gobierno, directivos de ONGs, e incluso sacerdotes y distintos representantes de la Iglesia. Por supuesto que todos tienen derecho a su opinión personal, lo cual es respetable, pero cuando esta opinión subjetiva es elevada por encima de la opinión calificada de los especialistas jurídicos corremos el riesgo de extender el debate de manera fútil y de no encontrar los consensos adecuados para llegar a una conclusión satisfactoria para todos los sectores involucrados. En el caso de una normativa sobre un problema social esto es tanto más lamentable, porque el retraso en tomar una decisión adecuada al

respecto afecta considerablemente el desarrollo humano de las personas o el grupo hacia el cual iba dirigido dicha ley (sean estos: los ancianos, los discapacitados, los niños, las parejas homosexuales, etc.). En nuestro caso, por ejemplo, nos oponemos al matrimonio gay porque la Constitución señala claramente que el matrimonio es la unión voluntaria entre hombre y mujer, no permite una sana educación de los hijos que se educan sin padre (en el caso de la pareja lesbiana) y sin madre (en el caso de la pareja gay) lo cual es antinatural y, en muchos casos, traumático; ya que, de hecho, el matrimonio homosexual impide la procreación de los hijos y, al mismo tiempo, desplaza a la familia matrimonial heterosexual y la debilita como el núcleo fundamental de la sociedad. Empero, como decíamos, esta es nuestra posición personal la cual podemos sustentar de una forma más extensa y documentada, pero este no es el lugar y, conforme nuestro propósito, lo que queríamos señalar es que, dejando de lado posiciones individualistas, hay que admitir que se trata de una realidad social actual y existente, y que demanda a los legisladores y operadores jurídicos una regulación especial. Esta regulación parte por dos premisas a las que aspiran las parejas o comunidades interesadas: el matrimonio civil o, en su defecto, la unión civil. Para el caso del matrimonio civil de las parejas homosexuales lo que se busca alcanzar es un status igual al de las parejas matrimoniales, con sus mismos derechos y deberes; en el caso del matrimonio notarial, como hemos insistido, no se requeriría entonces ningún trámite adicional sino que simplemente se trataría de cumplir con

los mismos requisitos y presentar la solicitud al igual que lo haría cualquier pareja, y ante ello el notario procedería a su formalización protocolizando el acto matrimonial, emitiendo los edictos correspondientes y la escritura pública, e inscribiéndolo en el registro civil correspondiente, es decir un procedimiento igual al descrito en el subcapítulo anterior lo cual nos exime aquí de mayor abundamiento. Empero, también hay que decir, que consideramos improbable que el matrimonio civil sea aceptado legalmente en el Perú porque al mismo tiempo que una gran parte de la dinámica social exige su regulación positiva, otro gran sector de ella lo rechaza con contundencia; cosa que no sucede con la denominada unión civil que, al no constituir propiamente un matrimonio, al parecer, genera menos resistencias. Si hablamos de unión civil, o unión de patrimonios, de parejas homosexuales ¿podríamos estar hablando de una nueva competencia notarial? Al parecer la jurisdicción que se quiere habilitar para resolver las inquietudes y demandas sociales con respecto a las parejas de gays y lesbianas es, precisamente, la notarial, como veremos a continuación.

3.2.-LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL EN ALGUNAS EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO.

Lejos de lo que pudiera pensarse las denominadas uniones civiles homosexuales están en franca consolidación en aquellos países en donde el matrimonio homosexual aún no ha podido ser aprobado, esto principalmente porque las comunidades homosexuales han logrado,

luego de años de insistencia y presión social, la regulación positiva del matrimonio homosexual con todos los derechos que ello involucra. De hecho, hoy en día es posible observar que la regulación de la unión civil de las parejas homosexuales (que muchos acusaban de ser un invento notarial sin efectos jurídicos relevantes) antecede en muchos casos a la legalización del matrimonio homosexual. Antes de ver un ejemplo palpable de ello, recordemos que actualmente el matrimonio homosexual está legislado a favor en los siguientes países hispano hablantes: Argentina (desde el 2010), Brasil (desde el 2013), México (en algunos de sus estados, por ser Estado federado), Puerto Rico (desde el 2016), Uruguay (desde el 2013), España (desde el 2005). En tanto tenemos que la unión civil homosexual se encuentra vigente en: Chile (desde el 2012), en Ecuador (desde el 2008), y en Uruguay (desde el 2008, como unión de hecho).

El caso que queríamos exponer es el de Colombia que en los últimos años ha dado avances jurídicos rápidos pero no exentos de cuestionamientos en esta materia: en primer lugar la Corte Constitucional a través de la sentencia C-577 del 2011 había determinado que las parejas homosexuales tenían derechos disminuidos en relación a otros tipos de familias en Colombia, y por ende hacía una exhortación al Poder Legislativo de dicho país a emitir normas que equiparen e igualen los derechos de todos los tipos de familia, incluida la homosexual; los puntos resolutive 4 y 5 son claros y contundentes a este respecto ya que

concluyen la fundamentación de dicha sentencia en lo siguiente:

“Sentencia C-577 del 2011, de la Corte Constitucional de Colombia:

Decisión:

Cuarto.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

*Quinto.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a **formalizar y solemnizar su vínculo contractual.**”*

Llegado el tiempo que la Corte Constitucional de Colombia había dispuesto, el Poder Legislativo de dicho país no había logrado los consensos necesarios para aprobar leyes de tipo igualitario, por ende el mandato de la Corte para que jueces y notarios pudieran constituir uniones civiles homosexuales se hizo vigente. Por supuesto que un sector, de inclinación religiosa y conservadora, hizo llamados para desobedecer a la justicia constitucional, mientras que otros acataron la sentencia. Dentro de estos últimos se encontraban, claramente, los notarios públicos que desde dicha fecha, es decir junio del 2013, procedieron a formalizar a las parejas homosexuales a través de un **“Contrato de Unión Solemne”**⁵⁴ que es básicamente la unión civil

⁵⁴ *“El nuevo contrato fue creado por notarios tras una decisión de la Corte Constitucional, la máxima instancia para dirimir asuntos de la carta magna, que usó el término de "solemne" en un fallo de julio de 2011. En ese caso la Corte, ante una demanda de la comunidad gay, dejó en manos del Congreso la decisión final de legislar sobre los matrimonios de parejas del mismo sexo antes de junio de 2013. Pero los parlamentarios rechazaron en abril un proyecto de ley que contemplaba reformas al*

homosexual. Empero, si bien la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia dejaba entrever que el contrato solemne suscrito por la pareja homosexual no constituía propiamente un matrimonio civil, no llegaba a decir qué efectos jurídicos subsecuentes nacían al amparo de dicho contrato en sede notarial, tal y como lo señala el salvamento parcial de voto de la sentencia C-577 del 2011 de la magistrada María Victoria Calle Correa, que al efecto en el segundo párrafo del fundamento 5.2 de su salvamento, dice:

¿Cuál ha de ser la manera como los jueces y los notarios le den cumplimiento al mandato según el cual ‘las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual’? Al no haber dado indicaciones claras al respecto, los funcionarios en cuestión pueden actuar pensando que tienen un amplio margen de decisión que, es lo que en apariencia, genera la sentencia, con un riesgo para los derechos de las parejas de personas del mismo sexo. A qué tienen derecho y cómo pueden ejercerlo sigue siendo una incertidumbre. El único aporte de certeza y que supera el déficit existente frente a este tipo de parejas, es que la Sala dice cuáles son las autoridades encargadas de celebrar el contrato de tipo marital entre personas del mismo sexo (jueces y notarios) y que tal acto es formal y solemne. De resto la Sala no aporta criterios ni parámetros precisos para superar la incertidumbre que, precisamente, se pretendía dejar atrás, así fuera temporalmente, hasta tanto el Congreso actúe.”

Código Civil para que se incluyera el concepto de "unión de parejas del mismo sexo".
En: **COLOMBIA: NUEVO CONTRATO PARA UNIÓN DE PAREJAS GAY.**
Diario EL CARIBE, Edición digital del 20 de junio del 2013. Disponible en internet (actualizado al 04 de abril del 2016): <http://www.elcaribe.com.do/2013/06/20/colombia-nuevo-contrato-para-union-parejas-gay>

Aun cuando los notarios colombianos han estado suscribiendo los contratos de unión solemne hasta hace poco, estos se limitaban en efecto a reconocer la unión civil entre los miembros de la pareja homosexual, y no a reconocer derechos específicos que, como lo señalan los propios profesionales de la fe pública, dejaban a manos de la deliberación jurídica de los jueces⁵⁵. Sin embargo, pese al entusiasmo de los profesionales notarios y las no escasas dudas de las comunidades usuarias, recientemente, en pleno curso de nuestra investigación, la Corte Constitucional colombiana emite un nuevo fallo (aún no publicado oficialmente) zanjando el asunto a favor del matrimonio homosexual; con lo cual el contrato notarial de unión solemne y su debate sobre los derechos involucrados pasa al olvido pues la Corte le reconoce al matrimonio homosexual todos los derechos del matrimonio civil, y su formalización, conforme lo habíamos visto anteriormente, puede ser llevada a cabo por los alcaldes y notarios de Colombia, sin limitación alguna.

⁵⁵ Al ser preguntado si el contrato de unión solemne podría interpretarse como un matrimonio conforme al fallo de la Corte Constitucional colombiana, Álvaro Rojas, Director de la Unión Colegiada de Notariado, respondió lo siguiente: “*Nosotros no podemos interpretar, solo nos regimos por lo que dicen las leyes y en la sentencia no dice que sea matrimonio, nosotros formalizaremos el vínculo contractual que estipula la sentencia. No responderemos por los efectos que genere, eso lo determinan las autoridades y jueces. No podemos ir más allá de autorizar el contrato.*”. En: **LOS NOTARIOS ESTÁN LISTOS PARA AUTORIZAR CONTRATOS DE UNIÓN GAY**. Diario El UNIVERSAL. Edición digital del 14 de junio del 2013. Disponible en internet (actualizado al 5 de abril del 2016): <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/los-notarios-estan-listos-para-autorizar-contratos-de-union-gay-123094>

3.3.-LA UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL Y SU FORMALIZACIÓN EN SEDE NOTARIAL EN EL PERÚ.

En el Perú no está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo y parece poco probable que se apruebe una ley de esta naturaleza, ya que las resistencias religiosas y personales en el país son diversas y de considerable poder; sin embargo, quizás como una compensación a esta imposibilidad, se está planteando con recurrencia la probabilidad de la aprobación de un proyecto de ley destinado a legalizar la unión civil homosexual, para ello se suele usar nombres como unión civil, unión solidaria, unión patrimonial o atención mutua, aun cuando no queda claro las diferencias entre ellos. Si bien no nos compete analizar las diferencias entre una u otra modalidad (de todos modos queda claro que se trata de lo mismo), lo que sí nos interesa es saber cuáles son los efectos jurídicos que se derivarán de una unión de este tipo y cuál será el procedimiento por el cual los notarios asumirán la responsabilidad de su formalización. En lo formal en nuestro país existen tres proyectos de ley sobre la unión civil: en primer lugar tenemos el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, Ley que establece la Unión Civil no Matrimonial para personas del mismo sexo, presentado por el congresista Carlos Bruce en setiembre del 2013 y si bien, luego de un amplio debate, dicho proyecto fue rechazado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República, cuando su propulsor y otras autoridades y políticos del país han anunciado que insistirán con esta propuesta. El problema de este proyecto, en lo que nos corresponde analizar, es que no indica con

claridad quién será la autoridad sobre la que recaerá la función de celebrar o formalizar las uniones civiles, así se deja entrever de su artículo 1 y siguientes en donde el encuadre conceptual y las características de la unión civil propuesta, no permite advertir que serán los notarios los que asuman esta competencia, vemos si no su texto literal que indica:

“Artículo 1°.- Unión Civil

A los efectos de esta ley, se entiende por Unión Civil No Matrimonial, a la unión voluntaria conformada por dos personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes, el uno para con el otro, dispuestos en la presente ley.

Para ello se inscribe la declaración de Unión Civil No Matrimonial en el Registro Personal de los Registros Civiles debiendo los integrantes tener domicilio legal en el Perú, por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en que solicitan la inscripción.

Los integrantes de una Unión Civil No Matrimonial se denominan compañeros civiles.

Del mismo modo el artículo 2 de este proyecto de ley no remite de una manera certera e inmediata a las notarías ni a las autoridades municipales para que sean ellos quienes celebren la formalización de la unión civil, más bien lo que hace es señalar que la solicitud de la Unión Civil No Matrimonial entre personas del mismo sexo se presenta ante el Registro Civil, el cual dispone su publicación por 15 días, pasados los cuales se extenderá un reconocimiento de la unión civil el cuál inscribirá a los solicitantes en el registro de uniones civiles no matrimoniales. Empero este artículo 2 del proyecto de ley bajo comentario señala que la solicitud que presente la pareja contratante debe cumplir las

formalidades del artículo 13 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, el cual prescribe que en el aviso a ubicar en el diario oficial y en otro de mayor circulación debe constar “el nombre y la dirección del notario ante quien se hace el trámite”, con lo que se da a entender que hay un trámite a realizar en primer lugar ante este profesional, sin que haya quedado claro en la redacción de estos primeros artículos su desempeño al respecto. Para nosotros es obvio que, al tratarse de un contrato, es el notario público el principal encargado de su formalización, por lo que consideramos que esta falla en el proyecto de ley constituye más un problema de redacción que un alejamiento intencional de la función competencial asignada a los notarios. En cuanto a lo medular el proyecto de ley señala en su artículo 4 los derechos y deberes derivados de esta unión civil no matrimonial, el primero y más importante de ellos consiste en que con su reconocimiento formal la pareja pasa a formar parte de una sociedad de gananciales, lo cual es similar en efecto al que se constituye en el matrimonio civil; a esto hay que añadirle, dentro de estos derechos reconocidos: el de recibir una pensión alimentaria, el derecho de habitación vitalicio y gratuito en caso de fallecimiento de una de las partes de la unión civil, así como la condición de beneficiario de los programas de salud, AFP u ONP, entre otros. Otro aspecto particularmente importante es que este proyecto de ley contempla no solo la unión civil por la vía notarial sino que también estipula la posibilidad de que la disolución de dicha unión civil también se ejecute

en la misma vía, esto a tenor de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 7 del proyecto que señala que: *“Cuando la disolución de la Unión Civil no Matrimonial sea de mutuo acuerdo, se realizará ante los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio en común o de donde se celebró la unión civil.”*. Esta disposición hace que el proyecto de ley se entienda como coherente puesto que si la nueva competencia le atribuye la formalización de una unión civil, lo mismo cabría aplicar a su disolución, cosa que no ocurre lamentablemente en nuestra vida real en donde un divorcio puede tramitarse por la vía notarial, pero un matrimonio no.

En segundo lugar, tenemos el Proyecto de Ley 2801/2013-CR, del 21 de octubre del año 2013, presentado por Julio Pablo Rosas Huaranga, sobre la “ATENCIÓN MUTUA”, que tiene por objeto regular la atención mutua por acuerdo de voluntades entre las personas con la finalidad de establecer y reconocer derechos patrimoniales sean éstos de carácter pensionario o hereditario y otros; dicho proyecto no tuvo mayor trascendencia ni éxito en el Congreso y fue archivado.

Y en tercer lugar, tenemos el Proyecto de Ley N° 3273/2013-CR, Ley que propone el Régimen de Sociedad Solidaria, impulsado por la congresista Martha Chávez Cossio, y presentado en marzo del 2014 al Área de Trámite Documentario del Congreso de la República y cuya Comisión de Justicia lo aprobó en junio del 2015, estando pendiente su discusión en el Pleno. Aun cuando sus propulsores indicaban que esta

norma no estaba dirigida plenamente a la pareja homosexual, es sabido que esta propuesta se aprobó luego de que la unión civil fuera rechazada como tal; por tanto la unión solidaria viene a ser una unión civil pero con menor reconocimiento de derechos. El artículo 1 define a la unión o sociedad solidaria como el acuerdo voluntario realizado por dos personas mayores de edad con el objeto de brindarse asistencia recíproca mediante un régimen patrimonial mutuo, en este sentido se ha dejado claramente establecido conforme lo señala el último párrafo de este mismo artículo que esta unión *“no altera el estado civil ni la relación de parentesco de sus integrantes”*. Por su parte el artículo 2 de este proyecto de ley, aprobado en su etapa inicial, dispone de manera expresa que su formalización se realiza mediante escritura pública suscrita ante notario público:

“Artículo 2. Constitución de la Sociedad Solidaria.

La Sociedad Solidaria se constituye mediante escritura pública otorgada ante Notario Público y se inscribe en el Registro Personal de la Oficina Registral del lugar del domicilio de los solicitantes.”

Este proyecto de ley si bien señala que la unión solidaria no constituye un estado civil matrimonial, dispone varias reglas que le asemejan a la unión concubinaria que, como sabemos, es un tipo de familia plenamente reconocido en el Perú; dentro de estas reglas, que por su extensión citamos al pie⁵⁶, se puede encontrar un régimen de bienes

⁵⁶ Proyecto de Ley N° 3273/2013-CR, Ley que propone el Régimen de Sociedad Solidaria:

*“Artículo 4. Reglas que rigen la Sociedad Solidaria
La Sociedad Solidaria se rige por las siguientes reglas:*

comunes y de administración compartida de esos bienes, el deber de asistencia mutua, la necesidad del consentimiento de ambos para la disposición de esos bienes, derechos sucesorios (artículo 7⁵⁷), e incluso derecho a la pensión y beneficios de sobrevivencia que haya generado la

1. *Los bienes muebles e inmuebles que adquiera cualquiera de sus integrantes a título oneroso a partir de la inscripción de la Sociedad a que se refiere el numeral 4 del artículo anterior, se presumen comunes, salvo los bienes que menciona el artículo 302° del Código Civil.*
2. *La administración de los bienes de la Sociedad Solidaria es ejercida por ambos integrantes. No obstante, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, quien ejerce la administración, indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos.*
3. *Cada uno de los integrantes conserva la libre administración y disposición de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.*
4. *Los integrantes de la Sociedad, están obligados a prestarse ayuda mutua y a contribuir al sostenimiento del domicilio común, de acuerdo a sus posibilidades.*
5. *Para disponer o gravar los bienes de la Sociedad, se requiere la intervención de ambos integrantes, salvo poder especial otorgado para tal efecto, de acuerdo a las formalidades legales respectivas.*
6. *Cualquiera de los integrantes de la Sociedad, tiene el derecho de asegurar al otro miembro de ésta en la Seguridad Social, en las mismas condiciones de los cónyuges e integrantes de la Unión de Hecho, así como a percibir la pensión de sobrevivencia en la proporción que fija la ley para éstos, conforme a lo previsto en el artículo 7° de la presente ley.*
7. *Cualquiera de los integrantes de la Sociedad, tiene el derecho de tomar decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia, en caso de gravedad del otro integrante de la Sociedad.*
8. *Son aplicables a la Sociedad, las disposiciones contenidas en el Título III del Libro III del Código Civil, en lo que fuere pertinente.”.*

⁵⁷ Proyecto de Ley N° 3273/2013-CR, Ley que propone el Régimen de Sociedad Solidaria:

“Artículo 7. Derechos sucesorios.

La Sociedad Solidaria establecida de conformidad con la presente ley, produce, respecto de sus miembros sin parentesco consanguíneo o por afinidad, derechos y deberes sucesorios, similares a los de la unión de hecho, siempre y cuando hayan transcurrido por lo menos dos años desde la inscripción de la Sociedad a que se refiere el numeral 4 del artículo 2° y ésta se encuentre vigente al momento del fallecimiento.

Por tanto, las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de dicha Sociedad en los términos en que se aplicarían al integrante sobreviviente de la unión de hecho.

En caso que existiera parentesco consanguíneo o por afinidad entre los integrantes de la Sociedad Solidaria, que les diera la condición de herederos forzosos, y concurrieran con otros herederos forzosos, su legítima queda incrementada al doble de lo que legalmente le corresponde como heredero forzoso.”.

pareja fallecida (artículo 8⁵⁸). Finalmente, en cuanto a la disolución de esta unión solidaria el proyecto de ley plantea en su artículo 6 que cuando dicha disolución se establezca de común acuerdo se otorgará la escritura pública correspondiente ante Notario Público haciendo constar la liquidación de bienes y la cual deberá inscribirse en el Registro Personal; sin embargo, cuando no exista acuerdo sobre el final de dicha unión solidaria, se obrará una comunicación notarial a la otra parte haciéndole saber los términos del rompimiento del vínculo y los detalles de la liquidación patrimonial, si en el plazo de treinta días la comunicación no es contestada se dará por disuelta la unión solidaria de mutuo acuerdo y el notario podrá expedir la escritura pública de disolución.

Siendo que, felizmente, en los proyectos mencionados no se encuentra permiso legal alguno que permita la adopción de niños por parte de la pareja homosexual (la cual, es cierto, es nuestro principal cuestionamiento, aunque no el único), está claro que se trata de un proyecto de ley en ciernes que va alcanzando los consensos necesarios a nivel del Poder Legislativo y de un considerable sector de la sociedad;

⁵⁸ Proyecto de Ley N° 3273/2013-CR, Ley que propone el Régimen de Sociedad Solidaria:

“Artículo 8. Derechos pensionarios.

El integrante superviviente de una Sociedad Solidaria hereda el derecho a percibir la pensión y demás beneficios de sobrevivientes en la proporción que fija la ley para los cónyuges e integrantes de una unión de hecho, que hubiera generado el integrante fallecido, cualquiera sea el régimen pensionario, público o privado, al que hubiere pertenecido, siempre que el fallecimiento se produzca cumplidos al menos cinco años de inscrita la Sociedad Solidaria conforme a lo previsto en el artículo 2° de la presente ley y siempre que el superviviente no sea beneficiario de pensión por su propio derecho.”

sea la unión civil o la unión solidaria, ambos proyectos tienen como figura central al notario y, de ser aprobado como parece ser, estos profesionales tendrán una nueva competencia que implicará, quizás, apartarse de sus posiciones personales mas no de la ley, ya que como en el caso colombiano que describimos anteriormente el imperio de la norma (o en su caso, el imperio de la jurisprudencia) está por encima, muchas veces, del sano pero subjetivo criterio individual. Por último, en esta parte, no está de más mencionar que la formalización notarial de los acuerdos de unión civil homosexual, pasa previamente por su aprobación legal, labor que corresponde a los legisladores y que esperamos se efectúe siguiendo los lineamientos que aquí hemos propuesto tales como: i)prohibición de ser considerada como familia, ii)prohibición de ser formalizada como matrimonio, iii)prohibición de adopción de menores e incapaces, y iv)establecimiento de relaciones de solidaridad mas no de parentesco.

4.-NUEVA COMPETENCIA NOTARIAL DERIVADA DE LA DINÁMICA SOCIAL: EL POLIAMOR O UNIONES POLIAFECTIVAS.

En la familia qué duda cabe de ser el núcleo fundamental de la sociedad por excelencia, es también la principal fuente de donde el Derecho se nutre para emitir sus regulaciones que buscan, mantener el orden y la paz social pero sin dejar de contemplar lo que se consideran las nuevas tendencias; en consecuencia, si la familia evoluciona y aparecen nuevas variantes el Derecho deberá adaptarse y contemplar normas específicas

para estas nuevas modalidades, tal y como hemos reseñado que ha ocurrido con la pareja matrimonial, la pareja concubinaria y la pareja homosexual. Pero *¿qué sucede cuando la pareja se convierte en trio, cuarteto o más?* No, este no es un contrasentido ni tampoco nos hemos equivocado, las **uniones poliafectivas** existen y aun cuando todavía se presenta una fuerte represión para aceptar estas conductas como socialmente aceptables, es parte de una realidad social que como investigadores no podemos dejar de contemplar. Esta realidad, la de las uniones poliafectivas, aunque siendo de origen europeo se ha expandido a la mayoría de países latinoamericanos como producto de la globalización social y cultural, suena difícil de creer pero ya es así, e incluso el Derecho ha dado algunos atisbos de regulación que proviene precisamente, que sorpresa, desde la actividad notarial. El hecho de que este tipo de uniones aún no alcancen impacto mediático no implica que no existan, recordemos que la represión y la estigmatización de otros grupos familiares en su tiempo (por ejemplo a los concubinos, o a sus hijos que se les llamaba hijos adulterinos, o más recientemente a lesbianas y gays) hacía que estos rehuyeran toda manifestación pública de sus derechos, lo cual puede estar pasando hoy en día con estas uniones poliafectivas. Se entiende como unión poliafectiva a la relación estable y duradera que tienen tres o más personas entre sí, y que las lleva a conformar un grupo familiar afectivo y patrimonial con características similares a las familias conformadas por dos personas. Algunos casos que han tenido relevancia jurídica son los siguientes: En

la ciudad de Tupa, cerca de Sao Paulo, Brasil, en el 2012 la notaria Claudia de Nascimento Domingues suscribió a pedido de **tres personas (dos mujeres y un hombre)** una Escritura Pública de Unión Poliafectiva la cual implicaba derechos y deberes convivenciales, asistencia material y emocional, deber de lealtad, entre otros. Eliane Ferreire de Laurentis, que ha estudiado este caso en su novedoso libro *“Temas Polémicos en Derecho de Familia conforme al Derecho Brasileño”*, ha dicho que el contrato suscrito por la notaria no genera efectos jurídicos, pero al mismo tiempo admite que es un primer paso para el reconocimiento de esta unidad familiar:

“En agosto de 2012, los medios de comunicación brasileños difundieron que un hombre y dos mujeres que vivían juntos en la misma casa, tres meses atrás habían oficializado su unión civil en un registro de títulos y documentos en la ciudad de Tupá, San Pablo, Brasil, por medio de un "instrumento público declaratorio de unión poliafectiva". El documento, de acuerdo con la escribana pública que realizó el registro, determina las reglas patrimoniales y de conducta entre los participantes, estableciendo entre ellos una sociedad de hecho. Si bien el instrumento no genera derechos ni obligaciones en el campo del derecho de familia, nada impide que los convivientes lo utilicen para buscar judicialmente el reconocimiento de los derechos en cuanto posible entidad familiar.”⁵⁹.

El desafío aquí consiste en que el reconocimiento de esta familia de tres no implica solamente la concesión de derechos patrimoniales o el deber de fidelidad entre sus miembros, sino que emplaza al Derecho a

⁵⁹ FERREIRA DE LAURENTIS, Eliane. **TEMAS POLÉMICOS EN DERECHO DE FAMILIA CONFORME AL DERECHO BRASILEÑO**. Editorial Dunken, Buenos Aires, 2015. p. 53.

pronunciarse sobre otros casos, tales como los hijos, los apellidos que estos tendrán, o la custodia de los mismos en el caso de una eventual separación. Justamente sobre el asunto de la maternidad dentro de una relación poliafectiva la especialista Eliane Ferreira afirma, de manera optimista, que *“...de una manera u otra, el derecho no cerrará las puertas para que esta pareja de tres obtenga el amparo que busca, en torno al reconocimiento de la gestación ocurrida dentro del núcleo familiar”*⁶⁰. Empero queda claro que aquí la labor notarial no implica el reconocimiento de derechos sino que se circunscribe al reconocimiento de una unión de hecho mediante un contrato que contiene acuerdos patrimoniales privados que, en ningún modo, son violatorios de la ley. Otro acuerdo de la misma naturaleza fue suscrito en Río de Janeiro en octubre del 2015 por la notaria Fernanda de Freitas Leitao que formalizó la **unión entre tres mujeres** mediante una escritura en la que constaba su reconocimiento como familia, se hacía constar una separación de bienes, se establecía previsiones de carácter médico y testamentario e, incluso, se señalaba la intención de tener un hijo por inseminación artificial; la notaria que ha suscrito oficialmente este acuerdo ha señalado a varios medios⁶¹ que aún falta mucho camino por recorrer para un pleno

⁶⁰ *Ibidem*, p. 108.

⁶¹ *“La unión de estas tres mujeres, que prefieren mantener sus nombres en el anonimato, fue celebrada por la funcionaria judicial Fernanda de Freitas Leitão, para quien el fundamento jurídico para la formalización de uniones fuera del patrón tradicional de un hombre y una mujer fue establecido en 2011, cuando el supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil extendió los derechos legales a las parejas del mismo sexo.*

Fernanda explica que la unión estable concede a las tres mujeres los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales monogámicas, aunque reconoce que probablemente ellas tengan que enfrentar más barreras por el camino. Dijo no creer

reconocimiento de las uniones poliafectivas y para llegar a un ideal nivel de igualdad en comparación a los demás tipos de familia, pero que se están sentando precedentes importantes a este aspecto.

Ahora, si pensamos que estos precedentes jurídicos de origen contractual son los únicos para el caso de las uniones poliafectivas estaríamos equivocados: en México, más propiamente en el Estado de Jalisco, se aprobó el 31 de octubre del 2013 el Decreto N° 24486/LX/1, Ley de Libre Convivencia del Estado de Jalisco, que entró en vigencia el 1 de enero del 2014 y por el cual se establece la posibilidad de formalizar uniones poliafectivas y, también otro tipo de uniones solidarias, en los siguientes términos:

*“Artículo 3º. La **libre convivencia** es un contrato civil que se constituye cuando dos o más personas físicas, mayores de edad, con capacidad de goce y ejercicio, se asocian con el objeto de otorgarse ayuda mutua.”.*

En este caso, como en los demás que hemos venido estudiando, es el notario también una figura protagónica ya que es el que expide y otorga el denominado **Contrato de Libre Convivencia** que esta ley establece, esto conforme al artículo 6 que dispone que: *“La libre convivencia deberá celebrarse ante notario público.”.* Si bien el artículo 9 señala que el acuerdo de libre convivencia no implica la constitución de un patrimonio

que puedan llegar tan fácilmente a resolver los temas de la salud y el seguro social, y reconoció que probablemente tengan que recurrir a acciones judiciales, pero contarán con el respaldo que les otorga el reconocimiento de su unión.”. **RIO DE JANEIRO OFICIALIZA UNA RELACIÓN DE TRES MUJERES.** En: MONTEVIDEO PORTAL, Edición del 24 de octubre del 2015. Disponible en internet (actualizado al 11 de abril del 2016): <http://www.montevideo.com.uy/auc.aspx?288376>

común, esto parece un contrasentido puesto que otros artículos de esta norma vigente implican un reconocimiento de derechos de tipo familiar para los miembros de estas uniones convivenciales sea que fueran integrados por dos o más miembros (poliafectivas), por ejemplo el artículo 12 establece la obligación recíproca de prestarse alimentos, el artículo 13 señala que los miembros de estas uniones solidarias pueden heredar por sucesión legítima, el artículo 14 otorga la tutela a una de las partes cuando uno de los miembros resulte incapacitado⁶², etc. Por el contrario, existe una restricción clara establecida en el artículo 18 en el sentido de imponer la **prohibición de la adopción de menores de edad o de incapaces a cualquiera de los miembros de la convivencia**, en tanto dure la misma. Si bien, como hemos dicho, esta norma está siendo usada por diversos sectores de la sociedad, tales como familiares, amigos, personas del mismo sexo, y también las uniones poliafectivas, solo el tiempo determinará su consolidación⁶³ y, posiblemente, su

⁶² Decreto N° 24486/LX/1, Ley de Libre Convivencia del Estado de Jalisco:

“Artículo 12. En virtud de la libre convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos.

Artículo 13. Las partes tienen derecho a heredar recíprocamente por sucesión legítima.

Artículo 14. Cuando una de las partes sea declarada en estado de interdicción, de acuerdo con la legislación civil, la otra o alguna de las partes será llamada a desempeñar la tutela, aplicándose al efecto las reglas en materia de tutela legítima del mayor incapacitado.”

⁶³ *“A casi dos años de su aprobación, la Ley de Libre de Convivencia en Jalisco demostró ser una herramienta útil para personas que deciden asociarse con el objeto de otorgarse ayuda mutua.*

De acuerdo con el otrora diputado que impulsó esta iniciativa en la LX Legislatura, Enrique Velázquez, al cierre del 2014 se firmaron al menos 300 contratos de libre convivencia. Señaló que debido a que son acuerdos privados, la cifra de los que se han concretado este año no se tienen aún.

Destacó que esta herramienta es utilizada por todo tipo de sectores de la población, desde compañeros de casa que han acumulado tiempo viviendo juntos, familiares y personas del mismo sexo.

tránsito, como parece se dará eventualmente en el caso brasileño, hacia la constitución de un matrimonio igualitario con los derechos y deberes que ello trae consigo. En nuestra opinión la aprobación legal de las uniones poliafectivas pasa por permitir dichos acuerdos con los criterios siguientes: i) prohibición de la adopción, ii) limitación del sentido de igualdad con la familia matrimonial y, por tanto, iii) prohibición de ser formalizada como matrimonio, iv) aceptación de reglas patrimoniales, v) aceptación de normas sobre convivencia y alimentos, vi) aceptación de acuerdos sobre salud y créditos, etc. Por supuesto que estas son consideraciones que los legisladores y los especialistas en Derecho de Familia deberán tener en cuenta al momento de aprobar la legalización de este tipo de uniones, nuestro criterio (al igual que en los casos de acuerdos de unión civil gay) es de permitir los acuerdos de disposición patrimonial y de asistencia recíproca, y no aquellos que impliquen legalizar relaciones de parentesco que desvirtúen el sentido de la familia tal como la conocemos y la Constitución la ha establecido.

Ahora bien, en el Perú no tenemos antecedentes de que en sede notarial se hayan establecido este tipo de acuerdos o, por lo menos, no se han hecho públicos; por eso, tal como hemos dicho, nada impide a los notarios peruanos celebrar contratos de ayuda mutua o asistencia

*“Es una ley que sirve para darle seguridad a los jaliscienses que tienen otro tipo de familia distinto al del matrimonio”, puntualizó Enrique Velázquez.”. **SE COBIJAN 300 PAREJAS BAJO LEY DE CONVIVENCIA.** En: Diario EL INFORMADOR. Edición digital del 14 de octubre del 2015. Disponible en internet (actualizado al 12 de abril del 2016): <http://www.informador.com.mx/jalisco/2015/619693/6/se-cobijan-300-parejas-bajo-ley-de-convivencia.htm>*

recíproca de dos o más personas siempre que el acuerdo no signifique una unión matrimonial, o relaciones de parentesco, o el establecimiento de obligaciones que impliquen un menoscabo a derechos de carácter irrenunciable.

5.-NUEVA COMPETENCIA NOTARIAL DERIVADA DE LA DINÁMICA SOCIAL: INTERDICCIÓN CIVIL ANTE NOTARIO.

Otra competencia notarial que puede activarse en función a la dinámica social se deriva de la necesidad de un buen número de familias de proteger a sus integrantes cuya condición de salud o impedimento físico les ha hecho perder las facultades para manifestar su voluntad de una manera indubitable, lo cual no implica solamente que el sujeto discapacitado ve limitado el goce, o el eventual reclamo, de algunos de sus derechos, sino que los familiares responsables del cuidado del enfermo están impedidos en el corto plazo de actuar en su nombre y, en consecuencia, en su beneficio. El proceso sumarísimo de interdicción dispuesto en nuestro Código Procesal Civil obliga a los familiares del interdicto a acudir al Poder Judicial y pasar por una serie de etapas en un procedimiento que se vuelve largo y, muchas veces, tardío para los fines del principal interesado. En efecto, nuestro sistema jurídico dispone la posibilidad de que las personas que tengan algún tipo de incapacidad absoluta o relativa puedan ser declaradas interdictas siguiendo el proceso dispuesto en el artículo 581 y siguientes del Código Procesal Civil, estas personas limitadas en su discernimiento y sujetas a

interdicción pueden ser: los retrasados mentales, los que adolecen de deterioro mental grave, los pródigos y los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos; la legitimidad para incoar esta demanda la tienen los familiares directos del posible interdicto, es decir: el cónyuge, los padres, los abuelos, los hijos y los hermanos. La prueba fundamental en un proceso de interdicción es una evaluación científica que se traduce en el certificado médico expedido por profesional competente y que sustenta el estado de salud del interdicto, sobre todo en lo relativo a las limitaciones en su discernimiento. Los principales efectos de una demanda de interdicción calificada en su sentencia final como fundada, es la declaración judicial de incapacidad y la designación de un curador que pasa a ejercer los derechos y administrar los bienes del interdicto. La particularidad de este curador consiste en que su función está dirigida exclusivamente a la protección física y moral del interdicto, de modo tal que la administración de los bienes del interdicto y los frutos de los mismos están dirigidos a lograr el restablecimiento del enfermo y elevar su calidad de vida, de lograrse la recuperación del interdicto es posible solicitar la reversión de la interdicción a través de una declaración de rehabilitación que ha de seguir el mismo procedimiento seguido para la interdicción, conforme lo dispone el artículo 584 del Código Procesal Civil. En suma, y de ahí el sentido de este breve alcance sobre el proceso judicial de interdicción, se trata de un procedimiento simple, categórico, de resultados óptimos para los involucrados y, por supuesto, de un beneficio inmediato para el interdicto

que, hasta la fecha, no ha podido tomar decisiones en su favor. El gran problema del proceso civil de interdicción no está en su formulación que, como vemos, tiene una sumariedad formal, la problemática surge de la realidad ya que el hecho de asistir al Poder Judicial siempre es un problema para los ciudadanos no solo por el componente litigioso que implica acudir a este poder del Estado sino por los problemas institucionales que esta entidad sufre, tales como: excesiva carga procesal, dilación injustificada, operadores jurídicos ineficientes, entrapamientos burocráticos, corrupción e impunidad, paralizaciones y huelgas.

La contribución que puede lograr el traslado de esta competencia judicial hacia la actividad notarial es considerable si tenemos en cuenta, en primer lugar, que los familiares de los probables interdictos podrían tener una decisión más rápida y con los mismos efectos a los de una sentencia judicial firme, por lo tanto podrían actuar de modo más inmediato en beneficio del familiar afectado en su salud y discernimiento; en segundo lugar, queda claro que una nueva competencia que habilite a los notarios la facultad de llevar a cabo los procedimientos de interdicción implica una reducción de la excesiva carga procesal que enfrenta el Poder Judicial y que le ocasiona justamente una imagen de ineficiencia e incapacidad ante la colectividad en general que le es muy difícil erradicar; en tercer lugar, no se trata de trasladar esta facultad de una manera absoluta hacia la sede notarial sino que, al igual que otras nuevas competencias,

esta siga siendo facultativa, es decir que a elección de los interesados se pueda acudir al Poder Judicial con una demanda o al notario con una solicitud que posea, en su resultado final, los mismos efectos jurídicos.

En este caso también existe una propuesta normativa enviada por el Colegio de Notarios de Lima al Congreso de la República, se trata del Proyecto de Ley 1836/2012-CP, Proyecto de Ley de Declaración de Interdicción en Sede Notarial, que fue ingresado al Área de Trámite Documentario del Poder Legislativo el 14 de diciembre del 2012. Este proyecto lamentablemente también fue rechazado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 11 de marzo del 2014 con argumentos que hoy en día, mucho tiempo después, han quedado en evidencia fueron insostenibles y carentes de fundamentación jurídica. Para el caso, dicha Comisión legislativa debía analizar la viabilidad jurídica del citado Proyecto 1836/2012-CP, Proyecto de Ley de Declaración de Interdicción en Sede Notarial, y también del Proyecto 74/2011-CR, Proyecto de Ley de creación de un Procedimiento Notarial para permitir a las personas privadas de discernimiento la designación de curador a fin de que los designados puedan cobrar a su favor las pensiones de invalidez, cesantía, jubilación y viudez; sin embargo, lejos de cumplir con su deber parlamentario y con una desidia casi típicas de este Poder estatal, los miembros de la Comisión resuelven inhibirse⁶⁴ para

⁶⁴ Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, del 11 de marzo del 2014:

“En consecuencia, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, decidió inhibirse, del proyecto de ley 74/2011-CR y del Proyecto de Ley 1836/2012-CP, a fin de que sea la

simplemente “trasladar” la decisión a los miembros responsables de la Comisión Especial Revisora del Código Civil que, como sabemos, hasta ahora no tienen un resultado satisfactorio final y, por lo tanto, las personas a las que iba dirigidos estos proyectos legislativos siguen acompañando a los pesares de sus familiares aquejados de la enfermedad, la indiferencia del mal que se denomina el primer Poder del Estado. Este es un ejemplo precisamente de cómo la incapacidad del Poder Legislativo impide la promulgación de leyes sabias y justas que forman parte ya de la dinámica social existente pero cuya aprobación no está sometida a criterios jurídicos o fundamentos lógicos que por supuesto abundan, sino hay que esperar la parsimonia y voluntad de los legisladores; en este caso lo que debe hacer la sociedad civil organizada, los grupos beneficiarios y, nosotros, los académicos e investigadores es denunciar la lentitud con la que opera el Congreso de la República, seguir insistiendo en estas propuestas legislativas, y continuar investigando las nuevas tendencias del Derecho que precisamente tienen por virtud la de estar dirigidas a beneficiar a diversos sectores de nuestra sociedad.

En lo fundamental y como venimos exponiendo, el Proyecto de Ley de Interdicción en sede Notarial, propuesto por el Proyecto 1836/2012-CP postula en su artículo 1 que el principal objeto de la norma consiste en

“...regular el procedimiento de Declaración de Interdicción de incapaces

Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, de acuerdo al mandato recibido por Ley, la instancia competente del Congreso, para evaluar los referidos Proyectos Legislativos.”.

mayores de edad en sede notarial, el que comprenderá la designación de curador cuando corresponda y el señalamiento de sus facultades, según sea el caso.”, lo cual coincide con nuestra apreciación y, por supuesto, la de la norma civil, de que la interdicción aprobada implica inmediatamente la designación del curador. En cuanto al alcance de la ley esta se distancia de la fórmula establecida por la legislación civil que establece que la interdicción procede para una diversidad de casos que ya hemos enumerado anteriormente, en este sentido, el proyecto propone que la interdicción en sede notarial exista solo para los siguientes temas:

- *Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.*
- *Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.*
- *Los retardados mentales.*
- *Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.*

Se deja fuera del alcance de la norma propuesta a los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y a los toxicómanos, y aunque el proyecto no contempla este punto en su fundamentación nosotros estamos de acuerdo con esta posición porque interpretamos que al carecer la jurisdicción notarial de la actividad probatoria y del componente contencioso propio del sistema judicial, pues tenemos que ceñirnos a los hechos y a los documentos, y en tal caso un examen médico puede probar con suficiencia el estado de salud mental y físico de un paciente y/o la imposibilidad concreta de discernimiento, en

cambio la mala gestión o la ebriedad o la toxicomanía no implican necesariamente la privación del discernimiento y por tanto su mérito probatorio puede quedar en entredicho y, entonces, corresponderá a un ente decisor (vale decir un juzgador) ponderar las pruebas y tomar una decisión adecuada. **En lo que sí nos encontramos en desacuerdo es en incluir a los sordomudos, a los ciegosordos y a los ciegomudos dentro de la figura de la interdicción notarial puesto que las personas que sufren esta discapacidad no están privados de discernimiento ya que pueden aún, cierto es con dificultad, hacer notar su manifestación de voluntad;** incluso, la referencia a estas personas en el numeral 3 del artículo 43 de Código Civil como sujetos de incapacidad absoluta ha desaparecido, esto en virtud de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada el 24 de diciembre del 2012, que deroga de plano dicho numeral⁶⁵.

Ahora bien, la interdicción notarial no necesita solamente la verificación de la legitimidad de los documentos que los presentantes acompañan a la solicitud, sino que adicionalmente debe verificar en la misma persona sujeta a interdicción la privación del discernimiento y la existencia del mal

⁶⁵ Dicho sea de paso, una reciente norma (Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1246, publicado el 10 de noviembre del 2016) expedida por el Poder Ejecutivo en el marco de sus políticas de simplificación administrativa, modifica la anterior disposición del artículo 76 de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, en el sentido de que adicionalmente a la evaluación, calificación y certificación de la discapacidad, en la que su trámite es largo, existirá una certificación inmediata, esto a tenor del nuevo artículo 76 de la Ley N° 29973 que en su segundo párrafo señala que: *“La certificación es inmediata cuando la discapacidad sea evidente o congénita.”*.

que le aqueja, es por esto que el proyecto contempla que dentro del procedimiento señalado se presente una **Audiencia de Presencia, Comprobación de Incapacidad y Declaración de Interdicción** en la cual el notario presencie el estado real del interdicto, sea en su oficina o en la casa de este último, y esto con la asistencia también de los solicitantes, del curador propuesto y del médico especialista que expidió el certificado médico que prueba la incapacidad. De ser satisfactoria la audiencia para el notario, expedirá el acta respectiva en la que consta la Declaración de Interdicción la cual deberá inscribir en el Registro de Personas Naturales. Empero, otra deficiencia del proyecto, subsanable claro está, es que no contempla la posibilidad de que el interdicto pueda recobrar la salud total o parcialmente de modo que le permita recobrar su conciencia y discernimiento, esta es una situación muy excepcional por supuesto pero debería constar en esta o cualquier otra propuesta de ley, ya que el poder que se habilita al curador para que administre los bienes del interdicto debe cesar cuando, circunstancialmente, cese la causa por la cual adquirió dicho poder. No obstante, como conclusión a esta parte, debemos decir conforme a lo expresado anteriormente, que las observaciones que se hagan a las propuestas que estamos haciendo, como la referida a la interdicción en sede notarial, son completamente subsanables y, por ende, no es correcto que su aprobación se dilate con argumentos insostenibles y ausentes del razonamiento jurídico que precisamente debe inspirar a toda creación de una norma legal.

En este caso, el de la interdicción civil en sede notarial, también será

preciso que operen normas modificatorias de nuestra legislación actual, empero ellas deben contener los presupuestos mínimos aquí esbozados, entre ellos; 1) que la interdicción civil opere solo en los casos de incapacidad manifiesta y certificada por médicos especialistas, 2) que la interdicción se declare solo para los casos de incapacidad absoluta, es decir a) para los que se encuentren privados de discernimiento absoluto, b) a los retardados mentales, y c) a los que adolecen de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad, y 3) que la interdicción sea posible de ser revertida⁶⁶.



⁶⁶ Si bien Perú firmó en marzo del 2007 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo, vigentes desde mayo del 2008, no es posible encontrar en dicha norma una prohibición de la figura de la interdicción civil la cual si bien está pasando por una etapa de crisis y cuestionamiento, se entiende que éstas se deben a que no existe la sumariedad y la eficiencia del Poder Judicial en su trámite lo cual la ha desacreditado enormemente. Sin embargo, nosotros seguimos pensando que la interdicción trae más beneficios que perjuicios al interdicto, y por tanto su traslado (facultativo) a la sede notarial vendría a concederles nuevos aires de renovación y de eficiencia a esta importante figura jurídica.

CAPÍTULO III

DIVERSAS COMPETENCIAS NOTARIALES DERIVADAS DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PERU

1.-EL DERECHO Y LAS NUEVAS TECNOLOGIAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA NOTARIAL.

Desde hace varias décadas, lo cual incluye los finales del Siglo XX, se ha hecho notar contundentemente el influjo que la informática ha tenido en todas las facetas de la actividad humana como: la social, la económica, la política, la educativa, la sanitaria, etc., he incluida la jurídica; de hecho ninguna otra revolución del conocimiento (la agrícola que nos dio los alimentos, la industrial que creó las maquinas, la genética que permitió el descubrimiento del ADN o la espacial que nos llevó a la Luna y más lejos) ha tenido tanta influencia en el Derecho como la revolución informática, la explicación es sencilla: si el uso de los sistemas computacionales ha invadido casi todos los campos del accionar humano a nivel individual y grupal, el Derecho también tenía que cambiar para adaptarse a estas innovaciones. Estas transformaciones que nos ha legado la revolución informática llegaron a través de dos vertientes fundamentales, en primer lugar, la asimilación de equipos electrónicos que se han hecho comunes en nuestro uso diario, vale decir: computadoras, equipos portátiles, celulares

inteligentes, lectores de códigos de barras, sistemas de identificación electrónica, entre otros; y, en segundo lugar, acaso lo más importante, que estos equipos tenían y tienen como origen y destino el procesamiento de información que luego es transmitida y recibida por los usuarios de estos equipos electrónicos, lo cual ha hecho llamar a nuestro tiempo actual como la “era de la información”.

Para Myrna García Barrera la importancia de la tecnología informática es tan grande que ubica a la aparición de las computadoras e internet dentro de los acontecimientos más grandes en la historia mundial del Derecho, a saber:

- El Código de Justiniano.
- El inicio de la Universidad de Bolonia.
- La aparición de un ejemplar original del Digesto.
- La Carta Magna.
- La Declaración de la Independencia Americana y la *Bill of Rights*.
- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- El Código de Napoleón.
- El ordenador personal y la Internet⁶⁷.

La aparición de la informática en la historia de la humanidad es, en efecto, sumamente reciente, pero su impacto, como decíamos, ha sido decisivo de modo tal que ha traspasado barreras geográficas, nacionalidades, culturas y su uso se ha globalizado; el nexo inevitable de la Informática con el Derecho moderno ha formado la joven disciplina de la **Informática Jurídica** que es definida por Julio Téllez Valdés como la *“técnica interdisciplinaria que tiene por propósito la aplicación de la*

⁶⁷ GARCÍA BARRERA, Myrna Elia. **DERECHO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**. Universidad Nacional de México, México D.F., 2011. pp. 67-68.

*informática (entiéndase computadoras) para la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de dicha información, necesarios para una toma de decisión con repercusiones jurídicas.*⁶⁸, es decir la informática es una herramienta que usa el Derecho para optimizar no solamente la parte física o mecánica de su actividad intelectual sino también para coadyuvar en su toma de decisiones a través de información sistematizada. En tal sentido, de lo anteriormente indicado se desprenden dos grandes tipos de interrelaciones entre Derecho e Informática, pues si sólo se considera el interesante aspecto instrumental de la informática como **MEDIO** de información al servicio del Derecho, estaríamos en el campo de la **Informática Jurídica**; y, si se considera a la informática en general como **OBJETO** del Derecho, estaremos en el campo del **Derecho Informático**.⁶⁹

A tal efecto, la especialista Myrna García Barrera ha señalado que existen una **informática jurídica de gestión y una informática jurídica de ayuda a la decisión**, incluyendo dentro de ellas a cuatro subclases que son las siguientes:

- “1. Operacional: dedicada a la gestión de juzgados, estudios jurídicos y cámaras legislativas.*
- 2. Registral: relacionada con los registros de la propiedad, del comercio, de inversión extranjera, etcétera.*
- 3. Decisional: con la resolución automática de casos repetitivos.*

⁶⁸ TÉLLEZ VALDES, Julio. **DERECHO INFORMÁTICO**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 1991. p. 14.

⁶⁹ CAMACHO ZÁRATE, Marco Antonio. Tesis **EL NUEVO DERECHO INFORMÁTICO**. Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa, 1989. p. 16.

4. *Documental: relacionada con los bancos de datos jurídicos.*

*Las dos primeras serían informática jurídica de gestión, mientras que las dos últimas serían de ayuda a la decisión*⁷⁰.

En nuestra opinión, y según esta clasificación, dentro de la informática jurídica registral cabe incluir a la actividad notarial y por tanto estaríamos hablando sobre el aporte que hace esta joven disciplina al consolidado Derecho Notarial es la de constituirse en un eficaz instrumento de gestión, como lo ha señalado precisamente la autora aludida. El desafío que les alcanza, entonces, a los profesionales notarios es enorme en el siguiente sentido: primero, de estar permanentemente actualizados acerca del uso de las nuevas tecnologías y de cómo éstas se vinculan con su actividad notarial y, segundo, la de ofrecer a sus usuarios servicios eficientes y rápidos en donde la práctica de las nuevas tecnologías sea un instrumento de optimización (y si se puede: automatización) de esos servicios; ahora bien, es menester aclarar, que cuando el Derecho Notarial usa las nuevas tecnologías no ocasiona un menoscabo a su función o le resta mérito personal y profesional a sus acciones, los artificios tecnológicos y la información que de ellas se derivan son solo un instrumento para la misma función que proviene de antaño: la de ser garantes de la verdad y la de otorgar certidumbre jurídica a las relaciones entre los particulares, la función no cambia, los medios sí. Estas palabras son tributarias de lo que mencionara Leonardo Bartra Valdivieso hace ya más de veinticinco años, cuando esta ola vertiginosa de la tecnología aplicada al Derecho (y, por

⁷⁰ GARCÍA BARRERA, Myrna Elia. *Op. Cit.*, p. 99.

supuesto, al Derecho Notarial) recién empezaba:

“...el notario latino, al tiempo de intervenir y valerse de esta alta tecnología, debe insistir en su intervención personal como profesional del derecho y fedatario al mismo tiempo, como elemento de síntesis y eficaz coordinador, capaz de reflejar como nadie la compleja variedad de la conducta humana, y de guiarla y conducirla por los caminos permitidos por la norma jurídica, asegurando la eficacia del acto realizado y la verdad de los hechos representados a través del documento.

La seguridad jurídica en nada se ve mellada, la máquina es sólo un instrumento que la técnica pone al alcance del notario posibilitando que este brinde un servicio más rápido y eficaz.”

Ahora bien, aquí nos parece necesario reforzar un punto en el cual todos parecemos equivocarnos, habíamos dicho que la informática jurídica puede ser: de gestión y decisoria, y que algunos autores habían convenido en señalar que en cuanto a ciertas actividades del Derecho (como la administrativa, notarial o registral) la utilidad de la informática jurídica radicaba en constituirse en un instrumento de gestión, mientras que para otras aplicaciones del Derecho (por ejemplo, la jurisdiccional) la informática jurídica es un aliado en la toma de decisiones; sin embargo aquí conviene preguntar *¿significa esto que el Derecho Notarial no puede utilizar las nuevas tecnologías como una herramienta decisoria?*, dicho de otro modo *¿hay alguna dificultad técnica que impida a los notarios usar las nuevas tecnologías como apoyo directo a su toma de decisiones?* Nosotros creemos que no, las nuevas tecnologías están ahí para ser usadas de manera ilimitada y discrecional, y en el caso que aparezcan problemas técnicos en el uso de determinada tecnología

estos se superan rápidamente; lo que se presenta en este caso es un excesivo convencionalismo que adjudica a los jueces un rigor en el manejo de información que los lleva a una decisión final, mientras que al derecho no contencioso no se le confiere dicha exactitud, lo cual es por supuesto un error ya que ambos operadores jurídicos basan sus decisiones en informaciones y sea que estos datos provengan de medios analógicos o digitales igualmente se exige que se correspondan con el principio de veracidad, de modo tal que la decisión del juez o del notario haga corresponder la verdad jurídica con la verdad real. Conforme veremos inmediatamente, los datos que aportan las nuevas tecnologías son, en su mayor medida, los mismos que aportan los medios convencionales de transmisión de información: vale decir, la identificación de una persona, la manifestación de voluntad, la propiedad sobre sus bienes, etc., lo que hace a las nuevas tecnologías valiosas para el Derecho moderno es: la rapidez en la transmisión de la información, la exactitud de los datos, su carácter personalista, el alcance global de sus contenidos, entre otros, de modo tal que el uso de las nuevas tecnologías para los notarios en la actualidad ya no es solo necesario sino es, imprescindible. Una última cuestión, no menor, es la referida a la especialización profesional del operador jurídico, como sabemos el Derecho moderno exige constantes actualizaciones y capacitaciones por parte de los profesionales del Derecho los cuales acuden a maestrías, doctorados, segundas especialidades, diplomados, cursos de actualización, etc., y también al conocimiento autodidacta, esto

generalmente en las materias que se consideran más comunes como: Derecho Civil, Derecho Penal⁷¹, Derecho Constitucional; sin embargo esta estereotipación de las disciplinas jurídicas y de su especialización ha hecho, por contraparte, que otras ramas jurídicas no tengan el mismo interés, lo cual conlleva a una falta de especialización en esas otras áreas. Por decir un ejemplo que es verdadero: si son pocos los profesionales del Derecho que se inclinan por dirigir sus estudios hacia el Derecho Registral y Notarial, pues aún son menos los que vinculan esta disciplina con el complejo pero indispensable Derecho Informático. Empero tenemos la esperanza y buscamos que se promuevan los estudios académicos y las especializaciones en torno a estas disciplinas que, esperamos, se irán afianzando aún más con el paso del tiempo, como dijera precisamente uno de los escasos especialistas arequipeños en la materia, Dr. Javier Rodríguez Velarde, al referirse a la utilización de las microformas digitales en el Derecho moderno: *“...dadas las múltiples ventajas y beneficios que ofrece la microforma digital, actualmente, tiene implicancias no sólo en el derecho empresarial informático sino en otras pocas áreas. aunque si bien es cierto en número relativamente limitado, se espera que en un futuro no muy lejano estas implicancias se*

⁷¹ En todas estas disciplinas clásicas del Derecho la Informática Jurídica ha impreso aires de renovación y modernidad de modo tal que la norma jurídica está tratando de regular ahí donde la conducta humana se sirve de los elementos de la tecnología, no solo en sus aspectos positivos, sino también en los negativos, es de recordar que recientemente se ha ampliado la cantidad y caracterización de los denominados delitos informáticos, esto mediante Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, publicada el 22 de octubre del 2013.

*extiendan a todas las ramas de derecho.*⁷².

2.-EL NOTARIO COMO FEDATARIO INFORMÁTICO: EXAMEN DE UNA COMPETENCIA NOTARIAL DEFICIENTEMENTE ASUMIDA.

En nuestro país, en octubre de 1991 fue promulgado el Decreto Legislativo N° 681, Norma que regula el uso de Tecnologías Avanzadas en Materia de Archivo de Documentos e Información, la cual introdujo a nuestro sistema jurídico la figura de los **Fedatarios Informáticos**, actividad que podía ser desempeñada, según su artículo 3⁷³y siguientes, tanto por los notarios públicos como también por profesionales abogados capacitados para dicho fin. El fedatario informático tenía (y aún tiene) la función de comprobar la autenticidad de la información transmitida desde un medio analógico (vale decir, documentos en papel, libros de actas, fotografías impresas, etc.) hacia un medio técnico de almacenamiento de información (microfilms o cualquier sistema de almacenamiento electrónico), como puede verse aquí la finalidad de la norma era interesante y necesaria, sin embargo en nuestro propósito de examinar

⁷² RODRIGUEZ VELARDE, Javier. **EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS REGULADOS POR LA LEGISLACIÓN PERUANA.** Disponible en internet (actualizado al 23 de julio del 2016): <http://www.rodriuezvelarde.com.pe/articulos.htm>

En este repositorio web se puede encontrar varios artículos referidos exclusivamente a la relación del Derecho Notarial con el Derecho Informático, elaborados por el citado especialista Notario Dr. Javier Rodríguez Velarde, entre ellos: la contratación electrónica, el comercio electrónico, la fe pública en relación con estos, entre otros.

⁷³ Decreto Legislativo N° 681, Norma que regula el uso de Tecnologías Avanzadas en Materia de Archivo de Documentos e Información:

“Artículo 3.- Son competentes para actuar como funcionarios de la fe pública para los efectos de esta ley:

1. Los notarios públicos.

2. Los fedatarios públicos y particulares juramentados comprendidos en el artículo 4°.

Estos profesionales se consideran depositarios de la fe pública y mantienen en todo momento su independencia de las empresas a las que ofrecen sus servicios.”.

las competencias notariales ligadas a las nuevas tecnologías, es preciso analizar si esta norma de antigua data pero aún vigente está cumpliendo su función o, si es que acaso, tiene limitaciones que, esperamos, sea posible corregir.

El **Fedatario Informático Juramentado**, con especialidad y conocimiento en Informática, es un profesional abogado o notario que al amparo de las normas estatales está investido de autoridad para otorgar fe pública en forma excepcional, en los procedimientos técnicos que se siguen para pasar los registros de papel u otro similar hacia los nuevos medios de almacenamiento de información, por lo tanto el fedatario lo que debe hacer es garantizar que la transmisión de información sea veraz, conforme al artículo 5 de la norma bajo comentario esta garantía de fe pública debe exigirse siempre y cuando se presenten los siguientes resultados:

1. Que las microformas reproduzcan los documentos originales con fidelidad e integridad.
2. Que las microformas posean cualidades de durabilidad, inalterabilidad y fijeza superiores o similares a los documentos originales.
3. Que los microduplicados sean reproducciones iguales a las microformas originales.
4. Que de las microformas y de los microduplicados puede recuperarse, en papel o similar, copias fieles del documento original.

A partir de esto puede entenderse con mayor claridad la materia de la que trata esta norma y la importancia de la presencia de los fedatarios en

el paso de la información analógica hacia otros medios no convencionales; el problema inicial de la ley es que contemplaba el advenimiento de estos cambios pero solo los impulsaba para el campo de la actividad privada, situación que fue subsanada felizmente tiempo después con la dación en mayo de 1996 del Decreto Legislativo N° 827, el cual amplía los alcances del Decreto Legislativo N° 681 a las entidades públicas del Estado, tal y como lo señala expresamente su artículo primero:

“Artículo 1.- Ampliase los alcances del Decreto Legislativo 681, normas modificatorias y reglamentarias, a todas las entidades públicas comprendidas en el Gobierno Central, Consejos Transitorios de Administración Regional de los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Organismos Descentralizados Autónomos, Instituciones Públicas Descentralizadas y Sociedades de Beneficencia Pública.”

Ahora si bien hubo un esfuerzo inicial de la norma de ampliar sus alcances al sector público, de ahí hasta la fecha podemos observar que no ha habido modificaciones importantes y, por lo mismo, que esta ley ha quedado desfasada en el tiempo contando con cerca de 25 años desde que la norma fue promulgada; por supuesto que no se trata solamente del tiempo transcurrido sino de que esta norma, el Decreto Legislativo 681 contiene varios anacronismos que pueden llevar a confusión o a una falta de un uso adecuado de la colectividad en general de esta competencia notarial. Dentro de nuestras **críticas** a esta ley podemos contar las siguientes: en primer lugar, las escasas referencias a los soportes digitales como medio de almacenamiento de información,

debido quizás a que en los años 90, fecha en la que la norma fue creada, los procedimientos de micrograbación electrónica (digital) competían con otros medios de grabación tales como microfilms, slides, bandas magnéticas, entre otros, solo tiempo después la información digitalizada se consolidó de una manera abrumadora aun cuando se siguen usando estas otras tecnologías; por otro lado la norma nos habla de pasar la información convencional hacia un medio no convencional pero físico lo cual resulta inexacto para la actualidad porque no todos los sistemas de almacenamiento digital hoy en día poseen un soporte físico, ya que hay sistemas que están basados en “la nube”: un medio de almacenamiento virtual en el ciberespacio que no tiene un medio físico definido. En segundo lugar, es un anacronismo que conduce a error el hecho de que esta ley nos señale sucesivamente que las normas técnicas a seguir en los procedimientos de micrograbación son las que dicta el ITINTEC (por ejemplo en el artículo 6⁷⁴), cuando esta institución ya no existe como tal ya que es más bien el INDECOPI a través de su Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales el órgano encargado de elaborar las normas técnicas en el Perú. En tercer lugar, resulta igualmente contradictorio que por un lado la norma en comento señale que luego del proceso de creación de las microformas los originales pueden ser

⁷⁴ Decreto Legislativo N° 681, Norma que regula el uso de Tecnologías Avanzadas en Materia de Archivo de Documentos e Información:

“Artículo 6.- Para garantizar los procesos técnicos y los resultados de idoneidad y calidad referidos en el artículo 5, debe cumplirse las normas técnicas internacionales que adopte e incorpore al ITINTEC o las normas técnicas nacionales que apruebe el citado instituto.

El ITINTEC; otorga certificados de cumplimiento de estas normas y de idoneidad técnica a quien acredite contar con los medios técnicos adecuados.”

destruidos de manera facultativa conforme lo señalado en el primer párrafo del artículo 16⁷⁵ (concordante con el artículo 6⁷⁶ del Decreto Legislativo 827), lo cual es válido como dijimos tanto para el sector público como para el sector privado; sin embargo otras normas complementarias posteriores a la dación del Decreto Legislativo 681 disponen lo contrario, por ejemplo la Ley 28186, Ley que establece los alcances del Decreto Legislativo N° 681 mediante el cual se regula el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información, dado el 4 de marzo del 2004, señala que no podrán ser destruidos los documentos originales que contengan información tributaria, estipulación que consta en su artículo 1⁷⁷, y que constituye otra incongruencia más de una norma que el tiempo y la poca eficacia por parte de los legisladores ha convertido en una norma deficiente.

⁷⁵ Decreto Legislativo N° 681, Norma que regula el uso de Tecnologías Avanzadas en Materia de Archivo de Documentos e Información:

“Artículo 16.- Es facultativo de sus propietarios la eliminación de documentos de los archivos particulares, una vez incorporadas sus microformas a los correspondientes microarchivos. Se prohíbe la incineración.(...)”.

⁷⁶ Decreto Legislativo N° 827, Amplían los alcances del Decreto Legislativo N° 681 a las Entidades Públicas a fin de modernizar el sistema de archivos oficiales:

“Artículo 6°.- Toda eliminación de documentos resultante de la aplicación del presente Decreto Legislativo deberá ceñirse al procedimiento legal establecido para las eliminaciones de documentos en general previstos en las leyes especiales aplicables al Sector Público Nacional y por Decreto Legislativo 681, sus normas modificatorias y reglamentarias. En caso de incumplimiento de esta disposición se aplicarán las sanciones administrativas y penales correspondientes.”.

⁷⁷ Ley 28186, Ley que establece los alcances del Decreto Legislativo N° 681 mediante el cual se regula el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información:

“Artículo 1.- Conservación de documentos con contenido tributario.

No podrán destruirse, aun cuando se hubieren conservado mediante microformas, de acuerdo al Decreto Legislativo 681, normas modificatorias, ampliatorias y reglamentarias, los originales de los documentos, información y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos generadores de obligaciones tributarias así como toda otra documentación relacionada con hechos que determinen tributación, mientras el tributo no esté prescrito.”.

Finalmente, en esta parte, no se trata de eliminar completamente esta ley sino de sustituirla por una norma más eficaz, menos incoherente y más acorde con los nuevos tiempos en donde la era digital se ha consolidado; el notario público moderno y convenientemente capacitado puede asimilar esta competencia que ya existía en la norma de una manera deficiente y convertirla en una herramienta dirigida no solo a la actividad empresarial o al marco de la gran actividad estatal sino, por sobre todo, a la colectividad en general que muchas veces desconoce la existencia de esta competencia notarial y, al mismo tiempo, ignora que el paso de un documento físico hacia su versión electrónica no física no le resta mérito jurídico, ni valor probatorio ni ninguna de las demás características atribuibles a todo documento, y que por el contrario la versatilidad y facilidad del transporte y uso de las nuevas tecnologías en la actualidad ha permitido que sea el soporte digital el más conveniente y necesario en nuestros tiempos.

3.-EL TESTAMENTO: NUEVAS COMPETENCIAS PARA UNA VIEJA INSTITUCIÓN DEL DERECHO SUCESORIO Y NOTARIAL.

Como hemos visto anteriormente, los tabeliones romanos, preclaros antecedentes de los notarios modernos, redactaban desde aquellos tiempos los principales documentos de transmisión sucesoria como son: los testamentos, hecho que permanece hasta la actualidad como parte de la labor frecuente de los notarios modernos; por otro lado, es también conocido que la sucesión testamentaria es una de las figuras más

importantes del Derecho de Sucesiones, en este contexto cabe preguntar: *¿cómo así la conocida actividad notarial relativa a la materia testamentaria puede considerarse como nueva competencia?* Pues bien, la transmisión sucesoria a través de testamento en efecto no ha cambiado en las últimas décadas y sigue vigente a través de las reglas establecidas en el Código Civil peruano, sin embargo lo que bien puede haber cambiado a la fecha son las formas en las que este acto jurídico se efectiviza, y teniendo en cuenta que el Derecho Notarial es esencialmente un derecho de formas⁷⁸ pues conviene revisar en qué medida la competencia notarial sobre materia testamentaria requiere transformarse para asimilar los cambios que han traído las nuevas tecnologías.

⁷⁸ Dicho lo cual hemos recordado las palabras de Rafael Núñez Lagos, señala que el Derecho Notarial es un *derecho de la forma de las formas*, su argumentación es como sigue: *“El Derecho Notarial -repetámoslo-- no comprende todo el Derecho de la forma -quedan fuera las formas sin notario-; pero, en cambio, la parcela del "Derecho de la forma" que pertenece al Derecho Notarial ha de ser objeto de una consideración directa y principal y no accesoria. En Derecho Civil pensamos directamente en el negocio jurídico y la forma se nos presenta como un ingrediente constitutivo (esencial, natural o accidental), que acompaña al acto. En Derecho Notarial hemos de posar nuestra mirada en ese ingrediente formal en su sentido inmanente y convertirlo en objeto directo de nuestro estudio científico.(...)”*

...el instrumento público es el resultado de aplicar una serie de actos y formalidades, de normas de Derecho notarial -aspecto corporal del instrumento público: papel, escritura, redacción, lectura, consentimiento, firma, protocolización, numeración del instrumento, foliatura, copias, notas, etc.-. El notario no puede, con su sola intervención, producir el instrumento público: uno por uno, todos sus movimientos están reglados. El notario necesita sujetarse, antes de la firma, durante la firma y después de la firma, a una serie de normas adjetivas, formales, y que en su conjunto definen el Derecho notarial como Derecho formal: lo que antes que nada quiere decir: Derecho que en sí es todo, colección de formalidades, esto es, forma y procedimiento, FORMA DE LA FORMA y no sólo forma de actos y contratos civiles. La forma de los actos notariales se nos presenta más amplia, y más compleja, que la forma del acto jurídico o contrato que se contenga en el instrumento.”. NUÑEZ LAGOS, Rafael. Op Cit., pp. 50-51.

En nuestra opinión son dos las fuentes que deberían merecer consideración en un estudio acerca de las nuevas competencias notariales en materia testamentaria: en primer lugar, el **testamento digital**, entendido como aquel en el que la persona deja su voluntad en un documento no escrito; y, en segundo lugar, el **legado digital**, es decir aquellos bienes no materiales, más bien digitales, que el testador podría dejar a sus herederos. Estos dos aspectos si bien pueden parecer similares y, de hecho, parten de un acto único: el testamento, son definitivamente diferentes en su esencia y, por ello, merecen un análisis separado que a continuación efectuaremos.

3.1.-EL TESTAMENTO DIGITAL.

A través del testamento se busca transmitir la voluntad del causante respecto del destino de sus bienes en fecha posterior a su fallecimiento, si bien se trata de una voluntad unilateral esta no está exenta de cumplimiento de algunas reglas de fondo y forma que debe seguir el causante y que son de conocimiento general. Precisamente, como sabemos, el testamento por escritura pública y el testamento cerrado convergen ante el notario para garantizar su eficacia y cumplimiento, en ambos tipos de testamento se presenta una particularidad muy importante que no puede ser pasado por alto: en los dos tipos de testamento el testador se encuentra personalmente con el notario, sea para manifestarle su voluntad y elaborar así el testamento abierto o para entregarle el testamento cerrado; estos son requisitos fundamentales e

insustituibles del testamento establecidos en los artículos 696 y 699 de nuestro Código Civil. En este escenario *¿será posible que el testador se encuentre en lugar diferente que el notario y le manifieste su voluntad a través de un medio digital? ¿puede la tecnología superar la valla que la ley ha puesto al exigir la entrevista personal del testador con el notario?*

Claro que la tecnología ofrece alternativas para que determinada actividad presencial pueda realizarse de manera no presencial con las mismas características de fiabilidad y rapidez, a tal efecto existen: videoconferencias, videollamadas, teleconferencias, y diversos sistemas de transmisión de audio y video en vivo, así como los ya conocidos software de intercambio de archivos electrónicos, sea documentos de texto, imágenes o videos digitales. El problema no radica en la tecnología, sino en la ley; y no nos referimos solamente a los mencionados artículos del Código Civil que obligan al trato personal entre el notario y el testador al momento de la confección (testamento abierto) o recepción (testamento cerrado) del documento testamentario, sino también a la exigencia marcada en la legislación notarial vigente respecto de que los actos de relevancia jurídica de los usuarios del servicio notarial deben estar circunscritos a la provincia en donde desempeña sus funciones el notario, esta limitación geográfica está establecida en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, que respecto a los límites de la función notarial señala que:

“Artículo 4.- Ámbito territorial.

El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial

no obstante la localización distrital que la presente ley determina.”

Esta disposición es concordante con su norma reglamentaria, a saber: el Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, el cual en su artículo 7 repite la fórmula señalada anteriormente respecto de la competencia territorial de la actividad notarial señalando que:

“Artículo 7.- Del ámbito territorial de la función notarial.

El notario ejerce su función estrictamente en el ámbito geográfico de la provincia a la que está adscrito. El oficio notarial de cada notario sólo podrá localizarse en el distrito señalado en su título. Para cambiar la localización distrital de su oficio notarial a distrito distinto al de su título, el notario requiere obtener la plaza en un concurso público.”.

Esta singular exigencia parece contradecir no solo la libertad de trabajo sino también las leyes de la oferta y la demanda en nuestros tiempos de economía de mercado sino que hace entender erróneamente que la jurisdicción notarial es equivalente a la jurisdicción judicial lo cual, insistimos, es inexacto tanto porque la materia notarial no es contenciosa como la que se contempla generalmente en la sede judicial como también por el hecho innegable de que la jurisdicción notarial es esencialmente una jurisdicción voluntaria. Pese a ello, la exigencia señalada en la norma es clara y sigue ahí, vigente, es más, recientemente una modificación legal ha afirmado aún más esta disposición ya que conforme al Decreto Legislativo N° 1232, publicado el 26 de septiembre del 2015, modifica diversos artículos y disposiciones

complementarias, transitorias y finales del Decreto Legislativo N° 1049 - Del Notariado, estableciendo que son nulas las escrituras públicas suscritas sobre predios que no corresponden a la circunscripción geográfica del notario, esto conforme al nuevo artículo 123-A añadido al Decreto Legislativo del Notariado por esta norma modificatoria, y cuyo texto es como sigue:

“Artículo 123-A.- Nulidad de escrituras públicas y certificaciones de firmas.

Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados; sin perjuicio que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. ...”

Recapitulando, entonces, tenemos que las dos principales objeciones para que el testamento digital sea una realidad en nuestro país son dos: primero, la exigencia de una entrevista personal entre el testador y el notario en el acto mismo de la suscripción del testamento abierto o en el acto de recepción del testamento cerrado; y, segundo, la exigencia de que los actos notariales se circunscriban a la ubicación geográfica provincial del notario. En nuestra opinión estas limitaciones pueden ser superadas fácilmente si atendemos a los siguientes hechos: En primer lugar, en cuanto a la exigencia de la entrevista personal testador-notario es lo primero que debiera derogarse, ya que a todas luces ha quedado como un anacronismo de la norma y de los legisladores que no han

comprendido los beneficios del uso de las nuevas tecnologías no solo en la incesante vida social sino también en nuestro mundo jurídico. Justamente si la necesidad de esta presencia efectiva del testador ante el notario era su identificación efectiva pues podemos tener en cuenta que hoy en día los sistemas de identificación han adoptado nuevas técnicas que permiten verificar idóneamente la identidad de una persona, nos referimos a: la huella digital *on line*, reconocimiento facial, lectura de retinas, documento nacional de identidad con chip electrónico, y sistemas biométricos (que combinan identificación dactilar de los diez dedos de la mano con reconocimiento facial) entre otros. Estos numerosos sistemas de identificación están siendo asimilados continuamente por empresas, instituciones, universidades, etc., generalmente en el ámbito privado; sin embargo, una modificación también establecida por el citado Decreto Legislativo 1232 insta a los notarios a conectarse virtualmente con el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil a efecto de cotejar la información biométrica del usuario del servicio notarial, así consta en el nuevo artículo 55 del Decreto Legislativo del Notariado que literalmente indica:

“Artículo 55.- Identidad del Otorgante.

El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado, conforme a lo siguiente:

- a) Cuando en el distrito donde se ubica el oficio notarial tenga acceso a internet, el notario exigirá el documento nacional de identidad y deberá verificar la identidad de los otorgantes o intervinientes utilizando la comparación biométrica de las huellas dactilares, a través del servicio que brinda el Registro*

Nacional de Identidad y Estado Civil - RENIEC.

b) Cuando no se pueda dar cumplimiento a lo señalado en el literal a) del presente artículo respecto a la comparación biométrica de las huellas dactilares por causa no imputable al notario, éste exigirá el documento nacional de identidad y la consulta en línea para la verificación de las imágenes y datos del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil - RENIEC con la colaboración del Colegio de Notarios respectivo, si fuera necesaria. El notario podrá recurrir adicionalmente a otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación. (...)”

Es decir, la norma, recoge, cierto es con lentitud y aún sin convicción, la necesidad de que los datos físicos de una persona sean corroborados con los datos digitales que constan en los archivos de identificación, lo cual es ciertamente saludable pero siendo así la exigencia del contacto presencial entre el testador y el notario se hace menos necesaria; tanto más si tenemos en cuenta que si pese a todas las previsiones que señala la norma citada existiera suplantación o vicio alguno en la identidad, la responsabilidad por dicha situación no recaería en el notario conforme está señalado en el penúltimo párrafo del referido y extenso artículo 55⁷⁹. Por tanto, si el problema era la plena identificación del testador, son las nuevas tecnologías las que muy bien resuelven este problema; por otro lado, si se requiere un mayor nivel de confianza y

⁷⁹ Decreto Legislativo del Notariado:

“Artículo 55.-

(...)

El notario que cumpliendo los procedimientos establecidos en los literales a), b) y c) del presente artículo diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurre en responsabilidad, sin perjuicio de que se declare judicialmente la nulidad del instrumento. (...)”.

credibilidad en la identificación del testador y, sobre todo, de la manifestación de voluntad en el otorgamiento del testamento y de sus cláusulas tampoco sería necesaria la presencia del notario puesto que la propia norma plantea una salida técnica y viable para dichos casos, nos referimos al nuevo artículo 3 del Decreto Legislativo del Notariado (modificado también por el Decreto Legislativo 1232) que establece que los notarios pueden ser asistidos por personal de apoyo:

“Artículo 3.- Ejercicio de la Función Notarial.

El notario ejerce su función en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial. El ejercicio personal de la función notarial no excluye la colaboración de dependientes del despacho notarial para realizar actos complementarios o conexos que coadyuven a su desarrollo, manteniéndose la responsabilidad exclusiva del notario”.

Para todos nos resultará claro que uno de los miembros del personal de apoyo de una notaría puede dirigirse al lugar donde se encuentra el testador y proceder a su identificación plena y conocer los pormenores de su declaración testamentaria e, incluso, habilitar los sistemas de comunicación digital para que se efectivice la transmisión de audio y video hacia la ubicación del notario, con esto se evita el a veces tedioso traslado del notario hacia donde se ubica el testador y viceversa sin afectar la necesaria y correcta identificación del usuario del servicio notarial que podrá ser corroborado por el personal de apoyo.

En segundo lugar, en cuanto a la obligatoriedad de que los actos notariales estén circunscritos a la ubicación geográfica del notario, es

necesario aquí lograr un consenso entre la comunidad notarial y los legisladores en el sentido de que resulta absurdo en nuestros tiempos de globalización, nuevas tecnologías y comunicación virtual, conservar las fronteras geográficas como límites no solo al desempeño profesional de la actividad notarial sino también como freno e impedimento a la libertad de los usuarios de ubicar y contratar al profesional notario de su elección; esta situación no debiera tener cabida en la actualidad donde las nuevas tecnologías permiten y facilitan el teletrabajo en casi todas las actividades laborales de servicios, incluidas las relacionadas con la actividad jurídica. Empero queda claro que si por el momento no puede conseguirse una modificación normativa eficaz que extienda el ejercicio de las competencias al ámbito nacional, aun así sería viable que los notarios puedan formalizar *on line* los testamentos de los usuarios que radiquen dentro su jurisdicción conforme hemos verificado al absolver la objeción anterior, con esto queda fundamentada nuestra propuesta de que los testamentos digitales pueden ser una realidad en el país como parte de las nuevas competencias de los notarios debido a la influencia positiva y persistente de las nuevas tecnologías en el seno de nuestra sociedad.

3.2.-EL LEGADO DIGITAL.

Hoy en día una persona no solo acumula bienes materiales que son visibles al contacto físico, vale decir: un auto, una casa, joyas, muebles, artefactos, y otros que han sido y son precisamente la materia principal de la sucesión testamentaria desde el surgimiento histórico del Derecho;

sin embargo, de un tiempo reciente a la actualidad han aparecido un conjunto de bienes, muchos de ellos susceptibles de una transacción tradicional como la compra-venta, pero que no existen en el mundo físico sino en el mundo virtual, en el ciberespacio, son los denominados bienes digitales que rápidamente se han integrado a la vida social humana en sus diferentes ámbitos, y que pueden ser: programas (software), música y películas digitales, libros electrónicos, imágenes y documentos digitales, diseños, videojuegos, etc., se incluyen aquí por tanto no solo los bienes que son originalmente digitales, por ejemplo una imagen o un documento creado desde su origen en una computadora o medio electrónico, sino también aquellos que han tenido un origen analógico y que posteriormente han sido digitalizados, siguiendo el ejemplo tendríamos una foto o un documento impreso originalmente en papel pero que luego ha sido escaneado y transferido a su versión digital. Estos bienes, todos ellos susceptibles de transacción tradicional o por medio de contratación electrónica, *¿pueden ser transferidos vía sucesión hereditaria a través de testamento a sus beneficiarios?* Por supuesto que sí, no existe ninguna contravención en la norma para que los bienes digitales puedan ser transferidos por vía de la sucesión testamentaria, ahora si bien no hay un señalamiento expreso lo que hace la norma es hacer una generalización suficiente y comprensiva que incluye todo lo que el testador puede heredarnos, nos referimos al artículo 686 del Código Civil que sobre la sucesión testamentaria dice lo siguiente:

“Artículo 686.- Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y

ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala.

Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.”

Esta previsión es concordante con el artículo 660 del mismo cuerpo de leyes que señala, desde la muerte de la persona sus bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores mediante la herencia; en este sentido tampoco hay un señalamiento que impida la transmisión de los bienes digitales, motivo por el cual resulta claro que este nuevo tipo de bienes son susceptibles de transmisión sucesoria mediante testamento siempre que exista, lo cual es altamente aconsejable hoy en día, cláusulas expresas en el testamento que indiquen la forma del acceso, la ubicación de los archivos y, de ser el caso, las contraseñas que permitan acceder a los archivos a los que se refiere el testamento. Es en este contexto que se hace aún más necesaria la atención y el correcto asesoramiento al testador por parte del notario como del personal de apoyo, respecto a que los bienes digitales requieren una mención particular y concreta al igual que los bienes materiales en el caso de ser transferidos a los herederos por vía de la sucesión, es así que esta antigua competencia notarial, nacida de la mano de los *tabeliones* romanos y los *scribas* egipcios, se ve revitalizada en nuestros tiempos por el influjo poderoso, vital y decisivo que han tenido las nuevas tecnologías en la vida y el quehacer humano, ante las cuales el notario ha de seguir imprimiendo su sello que implica formalidad y seguridad jurídica.

4.-POSIBILIDADES DE UN CIBERNOTARIADO EN EL PERU: **MODERNIZACIÓN DEL SERVICIO NOTARIAL.**

Hemos hablado aquí acerca de las nuevas competencias notariales que se desprenden de la integración del uso de las actuales tecnologías en la vida social humana, asimismo hemos indicado algunas competencias específicas que estamos seguros requerirán consensos mínimos en la comunidad notarial y, por supuesto, importantes modificaciones legislativas; sin embargo, hay otra vertiente de trabajo que no le corresponde a los legisladores ni a los ciudadanos, sino a los propios notarios ya que se trata de implementar y modernizar los servicios ya existentes en aquellos aspectos en los que la ley no ha establecido prohibición alguna y la tecnología podría brindar mejores alcances, y también en analizar a profundidad cuáles son los nuevos servicios que podrían incorporarse aun cuando no tengan base legal concreta o específica, lo cual podría resultar en propuestas viables que se podrían hacer desde las tribunas académicas o, mejor aún, desde el mismo gremio notarial. En este contexto hablamos a continuación de nuevos servicios (mal podríamos llamarles nuevas competencias) que podrían ser implementados por los notarios del país en el corto y mediano plazo sin estar esperando una vigorosa legislación que transforme el quehacer notarial sino más bien utilizando la legislación existente como veremos a continuación:

4.1.- CARTA NOTARIAL VÍA ELECTRÓNICA.

¿Qué motivo impide que, en la actualidad, una carta notarial no pueda ser cursada electrónicamente? La objeción no puede ser técnica porque el correo electrónico cumple con las mismas características del correo físico, es decir: rapidez, constancia de envío y entrega del mensaje, hora cierta del envío y el contenido del mensaje; es verdad que con este método no podremos tener una certidumbre de que el mensaje fue leído, pero lo mismo sucede con las cartas notariales físicas, en donde lo que se constata es que el mensaje haya llegado al destinatario existiendo, al mismo tiempo, una presunción de que ha sido leído. Más aun en la actualidad la mayoría de servicios de correo electrónico pueden certificar no solo todas las características señaladas anteriormente sino que pueden comprobar fehacientemente que un correo electrónico ha llegado a su destino (confirmación de entrega-notificación) y que ha sido abierto para su lectura (confirmación de lectura). Recordemos, lo que se busca con una carta notarial es la voluntad de hacer constar un hecho con la debida notificación, asimismo no debemos olvidar que una modificación efectuada en virtud del artículo 1 de la Ley 27291, Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los Medios Electrónicos para la Comunicación de la Manifestación de Voluntad y la utilización de la Firma Electrónica, publicada el 24 de junio del 2000, añade al artículo 141 del mencionado cuerpo de leyes varios términos que avalan legalmente que la manifestación de voluntad pueda ser comunicada mediante un medio electrónico, asimismo dicha Ley añade al Código

Civil el artículo 141-A, el cual en su primera parte señala: *“En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo”*, es decir la Ley no impide que una carta notarial pueda ser comunicada electrónicamente sino, más bien lo permite expresamente. Entonces es posible que el problema en la implementación del servicio de cartas notariales electrónicas provenga más de la costumbre en usar los medios tradicionales que de las limitaciones técnicas o legales⁸⁰, por lo tanto creemos que esta es una situación que puede ser fácilmente superada, teniendo como ejemplo el Sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE) del Poder Judicial.

4.2.-CUSTODIA NOTARIAL DE BIENES DIGITALES.

El notario no solo es un profesional de la fe pública, sino también de la documentación y el archivo; el notario, en consecuencia, no solo garantiza la certidumbre de determinada operación con valor jurídico sino que también expide los documentos necesarios que comprueban ese acto y, más importante aún, archiva en sus registros propios las actas

⁸⁰ Por cierto, el artículo 100 del Decreto Legislativo del Notariado señala que las cartas notariales se certificarán cuando hayan sido entregadas en la dirección del destinatario, más no especifica si se trata de una dirección física o de una dirección electrónica; aunque, es cierto, que la intención del legislador fue referirse a la realidad física, al parecer no existe ninguna prohibición expresa de que ello no implique también a la realidad virtual, al ciberespacio, salvo mejor opinión:

Decreto Legislativo del Notariado:

“Artículo 100.- El notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá a los interesados.”.

que dan fe de lo efectuado de modo tal que estén disponibles para su verificación en cualquier momento. En este sentido el notario es un custodio de los actos en los que él interviene directamente, sin embargo hay otra actividad en la que el notario es más bien un intermediario pero es, igualmente, un custodio; nos referimos al acto por el cual se entrega al notario determinados bienes para su guarda, con indicaciones acerca del destino que se les dará a dichos bienes, tales como: la entrega a persona determinada en una situación precisa, garantía de una obligación pendiente o futura, el resguardo para asegurar un posterior registro o una posterior transacción, entre otros. En este sentido, nada impide tampoco que el notario pueda ser depositario de bienes digitales que el usuario puede entregar para su custodia con los fines antes mencionados u otros similares; a tal efecto, se entiende, que los notarios han de contar con espacios de almacenamiento en el cual el resguardo cumpla con las medidas de seguridad necesarias tanto para que el soporte (sea: un dispositivo de memoria usb, una memoria sd o microsd, un disco duro portátil, un cd o dvd o bluray, etc.) en el que están contenidos los bienes digitales no se dañen por efecto del ambiente o del contacto con otros elementos, como también para evitar sustracción o su copiado. Otra de las posibilidades que se abre como solución en el caso de que se habilite este servicio tiene que ver con una competencia que hemos comentado anteriormente y es la referida al legado digital, si una persona está dejando un legado digital en su testamento para que sea transferido a su muerte a sus herederos, es lógico suponer que podría

solicitar al notario la custodia de todos o de parte de sus bienes digitales para que sea el custodio hasta el momento de su partida; no se trata, en este caso, de ser un mero guardián de unos bienes sino de saber qué hacer con ellos ante la inevitable circunstancia de la muerte del testador, es posible que no sean siquiera unos soportes físicos (memorias usb u otros) que contengan información electrónica (sea programas, libros, música, o cualesquier otro bien en formato digital) sino que simplemente el testador entregue al notario uno o varias contraseñas (password) para acceder a esos bienes que están contenidos en ese tipo de memorias o en cualquier otro repositorio digital, lo cual no solo es totalmente válido sino absolutamente legal. En el ordenamiento jurídico español hay una norma que regula de manera específica el depósito de bienes digitales ante notario, se trata del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado en España, vigente desde el 15 de julio de 1944 y modificado por Real Decreto 45/2007 publicado el 29 de enero del 2007, en cuyo artículo 216⁸¹, que por su extensión citamos a pie de página, se

⁸¹ Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España, del 15 de julio de 1944 y modificado por Real Decreto 45/2007 del 29 de enero del 2007:

“Artículo 216.

Los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que se les confíen, bien como prenda de contratos, bien para su custodia.

La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante, salvo que el depósito notarial se halle establecido en alguna ley, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga.

El depósito notarial de documentos que estén extendidos en soporte informático se regirá además por las siguientes normas:

- 1. El soporte digital que contenga un documento electrónico se entregará en depósito al notario, por el plazo y condiciones que convenga éste con el requirente o requirentes; en el acta de depósito, o en el documento en que deba quedar unido, bastará con hacer referencia depósito con reseña de las características del documento electrónico y de su soporte, tales como su fecha, formato y su extensión, si las tiene, la unidad de medida, en su caso, así como las demás características técnicas que permitan identificarlos.*

establece que el usuario puede entregar al notario el soporte que contiene el documento electrónico para su custodia y que, incluso, de ser necesario el notario podrá trasladar el documento electrónico a un nuevo soporte con fines de mayor seguridad. No decimos, de hecho, que en el caso peruano no exista legislación similar, por ejemplo el artículo 23 del Reglamento de la Ley del Notariado peruano, al hablar de las medidas de seguridad de los instrumentos protocolares señala que el Registro de Protesto puede ser llevado en soporte magnético y que corresponderá al notario la debida conservación de dicho soporte; lo que decimos es que habiendo la ley dispuesto ya la utilización de algunos medios tecnológicos para facilitar y mejorar determinados servicios notariales pues estos deberían estar ya implementados totalmente para satisfacer

2. La Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en el artículo 113.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, podrá acordar, cuando innovaciones técnicas lo hagan aconsejable, el traslado sistemático del contenido de documentos informáticos depositados a un nuevo soporte, más adecuado para su conservación, lectura o reproducción, dictando las normas que garanticen la fiabilidad de las copias. En todo caso, deberá citarse a los interesados, quienes podrán oponerse retirando el documento.

También podrá realizarse, con la misma finalidad, el traslado a un nuevo soporte a instancia de la persona que depositó el documento o sus causahabientes. El traslado del contenido del documento deberá hacerse por medios técnicos adecuados que aseguren la fiabilidad de la copia.

Cuando proceda la devolución de un depósito se extenderá en la misma acta nota expresiva de haberlo efectuado, firmada por la persona que haya impuesto el depósito o por quien traiga de ella su derecho u ostente su representación legal o voluntaria.

Cuando el depósito estuviese constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el notario no efectuará la devolución mientras no se le acredite suficientemente el cumplimiento de la condición estipulada.

Para la devolución del depósito el solicitante tendrá que acreditar al notario el derecho que le asiste.

El notario rechazará todo depósito que pretenda constituirse en garantía de un acto o contrato contrario a las leyes o al orden público.

Si el objeto depositado fuera un programa informático cuyo contenido no pueda ser razonablemente conocido por el notario, éste sólo admitirá el depósito si el requirente depositante manifiesta que el contenido de aquel programa no es contrario a la ley o al orden público.”.

la demanda creciente de usuarios que requieren rapidez y eficiencia en los actos jurídicos que realizan y que, muchas veces, ante la apatía de la comunidad notarial en asimilar a las nuevas tecnologías dentro de su campo profesional, desconocen las considerables ventajas que estas ofrecen.

4.3.-COPIA TELEMÁTICA DE ESCRITURAS PÚBLICAS.

En la ciudad de Lima existen casi una decena de **PVM**, se denominan así a unas máquinas expendedoras de documentación oficial conocidas como **Plataformas Virtuales Multiservicios** que oficialmente el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) ha instalado con el fin de proveer de manera automática y sin la intervención de un personal o de una mesa de cargos una variedad de actas y certificados importantes que van desde: partida de nacimiento, partida de matrimonio, acta de defunción, rectificaciones de estado civil hasta, por supuesto, duplicados del Documento Nacional de Identidad (DNI) los cuales son expedidos por la maquina en contados minutos. En nuestra ciudad no existen PVMs pero la Municipalidad Provincial de Arequipa ha efectuado, hace algunos años, una completa digitalización de sus archivos referidos a actas de nacimiento, matrimonio y defunción y, por tanto, puede ofrecer a los usuarios la expedición de dichos documentos de manera electrónica, con todo su valor legal, en cuestión de minutos. En el caso de las escrituras públicas contenidas en los archivos notariales *¿podremos tener acceso a una copia electrónica certificada de las mismas con valor legal y con la*

misma rapidez? Por supuesto que sí, esto que no es otra cosa que un traslado notarial electrónico el cual es perfectamente viable en nuestro país si nos atenemos a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 82 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, que a la letra dice:

“Artículo 82.- Responsabilidad en la Expedición de Instrumentos Públicos.

El notario expedirá, bajo responsabilidad, testimonio, boleta y partes, a quien lo solicite, de los instrumentos públicos notariales que hubiera autorizado en el ejercicio de su función.

Asimismo, expedirá copias certificadas de las minutas que se encuentren en su archivo notarial.

Los traslados notariales a que se refiere este artículo podrán efectuarse en formato digital o medios físicos que contengan la información del documento matriz de manera encriptada y segura y que hagan factible su verificación a través de los mecanismos tecnológicos disponibles.

Asimismo el notario podrá emitir un traslado notarial remitido electrónicamente por otro notario e impreso en su oficio notarial, siempre que los mensajes electrónicos se trasladen por un medio seguro y al amparo a la legislación de firmas y certificados digitales.

Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el Notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el solo hecho de ser trasladados a formato papel por el notario al que se le hubiere enviado el documento; el mismo que deberá firmarlo y rubricarlo haciendo constar su carácter y procedencia.”. (el subrayado es nuestro)

Como puede verse, estas copias electrónicas de los instrumentos públicos a los que tiene derecho un usuario están permitidas por la

legislación nacional, sin embargo existe un problema simple pero que constituye un gran escollo en la aplicación real de esta norma: *¿Qué sucede cuando el archivo de un notario no ha sido digitalizado previamente? ¿con cuanta rapidez y eficiencia podrá obrar si la búsqueda de un instrumento público en su protocolo se realizará de manera manual?* Por supuesto que en tal situación el servicio citado no podrá ser rendido de una manera adecuada, se trata entonces no de una deficiencia de la ley sino de una falta de adaptación de la norma por parte de los notarios a su quehacer profesional; esta falta de implementación y modernización de un importante sector de la comunidad notarial es aún más grave si tenemos en cuenta que el traslado notarial puede hacerse no solo en la ubicación geográfica propia del usuario y del notario, y respecto de los instrumentos públicos que él ha registrado, sino que también se le puede solicitar que nos expida copia certificada de otros instrumentos públicos en los que él no ha participado y que le hayan sido remitidos por notarios de otras circunscripciones a solicitud del usuario, este traslado notarial electrónico está perfectamente avalado por nuestra legislación pero, como vemos, por la falta de implementación tecnológica de los servicios notariales en nuestro medio, es de uso poco frecuente.

4.4.-LA FIRMA DIGITAL EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL Y REGISTRAL.

A lo largo de la presente investigación no nos hemos ocupado de la firma

digital no solo porque no es propiamente una competencia notarial, aún cuando el notario se puede servir de ella, sino porque cuenta ya con una base legal que podríamos calificar como suficiente para que dicha figura jurídica despegue y se consolide en la práctica social; empero, ya en el alba del presente estudio, queremos decir unas palabras acerca de esta cuestión entendiendo que su pertinencia radica aquí en el hecho de que mientras más se implemente el uso de la firma digital por parte de los notarios y de la ciudadanía, más se facilitará la realización de los actos jurídicos y las transacciones de los particulares. En el Perú la Ley 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, publicada en mayo del año 2000, le adjudica a la firma digital, conforme lo señala su artículo 1, *“la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad”*, este planteamiento novedoso y radical lleva ya más de 15 años⁸² vigente y en este tiempo debería haber significado una revolución en las actividades comerciales y sociales de relevancia jurídica de las personas, pero no ha sido así, en muchos casos, tanto a nivel de las instituciones públicas y

⁸² Sobre esta norma se han presentado varias modificaciones y se han promulgado también diversas normas complementarias, entre ellas por ejemplo cabe citar el Decreto Supremo 070-2011-PCM, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y establece normas aplicables al procedimiento registral en virtud del Decreto Legislativo N° 681 y ampliatorias, publicado el 27 de julio del 2011, el cual en su artículo 5 es claro en afirmar el valor el jurídico que alcanzan los partes notariales electrónicos: *“Artículo 5.- Presentación y tramitación de partes notariales electrónicos firmados digitalmente. Los partes notariales electrónicos firmados digitalmente, en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE), constituyen instrumento legal con valor suficiente para dar mérito a la calificación e inscripción registral, siempre que hayan sido expedidos conforme al Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado y su Reglamento, y sean presentados respetando los lineamientos contenidos en los Convenios que suscriban los Colegios de Notarios, o la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, con la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).”*.

privadas y de los propios ciudadanos, aún somos esclavos del papel y de la burocracia que la alimenta⁸³. La mencionada Ley 27269 define en su artículo 3 a la firma digital del siguiente modo:

Artículo 3.- Firma digital.

La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.”

Es decir la firma digital es una firma única e infalsificable pero cuya impresión no se efectúa con puño y letra sino que se hace activando unas claves electrónicas específicas que solo pueden ser manejadas de manera asociada por el titular; este carácter único de las firmas digitales y la seguridad que está asociada a ellas hace que sean emitidas solamente por Entidades de Certificación que pertenezcan a la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, tal y como está dispuesto en el artículo 6 de la Ley 27269 y en el artículo 6⁸⁴ de su Reglamento,

⁸³ En este sentido se han seguido promulgando normas con el objetivo de lograr una mayor implementación de la referida Ley de Firmas y Certificados Digitales, es el caso propiamente del Decreto Supremo N° 105-2012-PCM, Establecen disposiciones para facilitar la puesta en marcha de la firma digital y modifican el Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, publicado el 21 de octubre del 2012.

⁸⁴ Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales:

“Artículo 6.- De la firma digital.

Es aquella firma electrónica que utilizando una técnica de criptografía asimétrica, permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su control, de manera que está vinculada únicamente al signatario y a los datos a los que refiere, lo que permite garantizar la integridad del contenido y detectar cualquier modificación ulterior, tiene la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita, siempre y cuando haya sido generada por un Prestador de Servicios de Certificación Digital debidamente acreditado que se encuentre dentro de la

aprobado mediante Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, de julio del 2008 .

Ahora bien, lo importante de esto es que la masificación de las firmas digitales y de su uso en los mensajes y documentos que las personas se envíen o tramiten entre sí o ante las autoridades de acuerdo a sus necesidades e intereses beneficiará al Estado, a la Administración Pública, a las instituciones privadas y a los propios ciudadanos porque, de un lado, se incrementará la velocidad y rapidez en las transacciones y actos jurídicos generados y, por otro lado, aumentará también la confianza en estas transacciones puesto que esta tecnología brinda al emisor y al receptor de una firma digital una garantía de veracidad y certidumbre que incluso las firmas manuscritas no pueden dar. Es por las bondades largamente mencionadas aquí respecto a la integración entre las nuevas tecnologías y el Derecho que debemos seguir apoyando las normas que las promueven, por ejemplo a la referida Ley de Firmas y Certificados Digitales, en este punto los notarios y los registradores a través de la Superintendencia Nacional de los Registros

Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, y que no medie ninguno de los vicios de la voluntad previstos en el Título VIII del Libro IV del Código Civil.

Las firmas digitales son las generadas a partir de certificados digitales que son:

- a) Emitidos conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento por entidades de certificación acreditadas ante la Autoridad Administrativa Competente.*
- b) Incorporados a la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica bajo acuerdos de certificación cruzada, conforme al artículo 74 del presente Reglamento.*
- c) Reconocidos al amparo de acuerdos de reconocimiento mutuo suscritos por la Autoridad Administrativa Competente conforme al artículo 72 del presente Reglamento.*
- d) Emitidos por Entidades de Certificación extranjeras que hayan sido incorporados por reconocimiento a la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica conforme al artículo 73 del presente Reglamento.”.*

Públicos (SUNARP) están haciendo importantes y meritorios avances avalados, como no podía ser de otra manera, en algunas normas legales que les facilitan dicha labor, por citar un ejemplo claro de ello: en setiembre del 2014 fue publicado el Decreto Supremo N° 007-2014-JUS en el cual el Ministerio de Justicia autoriza a la SUNARP como la entidad responsable de administrar el Sistema de Constitución de Empresas *on line*, medida que la referida entidad adoptó rápidamente de modo que desde el mismo año y a través del implementado Sistema de Intermediación Digital-SID SUNARP los ciudadanos pueden conectarse a internet y accediendo a la página web de dicho sistema (<https://www.sunarp.gob.pe/w-sid/index.html>) logran constituir su empresa sin necesidad de presentar ningún tipo de documentación física y contando con la legalidad que le corresponde a un trámite que si bien es no presencial igualmente cuenta con la participación electrónica del notario y el registrador los cuales aportan el mismo nivel de certidumbre jurídica que si el trámite fuera presencial. Empero, esto no queda ahí, posteriormente en julio del 2015, mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 179-2015-SUNARP/SN⁸⁵, se dispone ampliar el uso del Sistema de Intermediación Digital-SID SUNARP al acto de otorgamiento de poderes, por ende no

⁸⁵ En este marco, la SUNARP había aprobado anteriormente la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 234-2014-SUNARP/SN. Que aprueba la Directiva N° 004-2014-SUNARP/SN, de setiembre del 2014, que regula la presentación electrónica del parte notarial con firma digital, en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, norma que se añade al marco legal que busca facilitar la adopción de las nuevas tecnologías en el trabajo notarial y registral, pero que solo tendrá el efecto deseado si los actores involucrados la implementan debidamente.

solo la constitución de empresas puede hacerse ahora de manera electrónica sino también la formalización de un poder general o especial, los cuales incluyen también por supuesto las formalidades comunes e ineludibles respecto de la fe pública notarial y la inscripción registral que también son efectuadas digitalmente; con esto se va consolidando poco a poco un espacio de integración sólido y eficaz en donde las nuevas tecnologías son adoptadas para favorecer la interacción humana y facilitar satisfactoriamente los actos jurídicos que de ella se derivan.



CONCLUSIONES

PRIMERA.-Desde los albores de la disciplina notarial esta actividad ha sido desempeñada, en los distintos pueblos en donde queda registro de su labor, por las personas más capacitadas y mejor instruidas no solo en cuanto a saber leer y escribir, sino sobre todo en conocer los diferentes aspectos de las relaciones sociales, comerciales y familiares de la comunidad; debido a ello eran depositarios de la confianza general tanto en lo que se refiere a la suscripción de actos jurídicos como también a la custodia de bienes y otros actos formales de relevancia jurídica.

SEGUNDA.-La importante función de los notarios los ha ligado permanentemente al desarrollo económico y social de la mayoría de comunidades, siendo una tarea exclusiva de los profesionales notarios la de brindar seguridad jurídica a los actos de los particulares otorgando la fe pública y siendo así proveedor y custodio de importantes instrumentos jurídicos.

TERCERA.-Las naciones están compuestas de individuos y grupos humanos los cuales se encuentran en estado de permanente cambio, innovación y adaptación, este proceso evolutivo natural hace que las sociedades se desarrollen y posean nuevas modalidades de interrelación social ante las cuales el Derecho debe estar atento para poder regularlas en la búsqueda del mantenimiento del orden jurídico y de la preservación de la paz social.

CUARTA.-Dentro de las nuevas competencias notariales que pueden ser producidas por la dinámica social y asimiladas a nuestro ordenamiento jurídico se encuentran: la formalización del

matrimonio civil ante notario, la formalización del acuerdo de unión civil homosexual, la formalización de las uniones poliafectivas y la declaración de interdicción civil, competencias que requerirán modificaciones importantes tanto de Decreto Legislativo del Notariado y su Reglamento para incluirlas, como también de nuestro Código Civil.

QUINTA.-Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación social han supuesto un cambio considerable en casi todas las facetas de la actividad humana, sus aplicaciones han sido numerosas y continuamente se vienen innovando para ofrecer, cada cierto tiempo, otras transformaciones en la vida social; en este sentido corresponde al Congreso expedir las normas que se ajusten a esta nueva realidad y regular el uso de estas aplicaciones tecnológicas de modo que se inserten pacíficamente en nuestra existencia y faciliten la difícil convivencia humana.

SEXTA.-En nuestro país hay legislación parcial y deficiente acerca del uso de las nuevas tecnologías como parte de las competencias de los notarios en su quehacer profesional, en este sentido convendría actualizar las normas referidas, por ejemplo, a: su actividad como fedatarios informáticos, al testamento incluyendo regulación sobre su formalización *on line* y sobre el legado digital, asimismo corresponde hacer énfasis en la modernización del servicio notarial, por parte de todos los actores involucrados, lo cual implica que se promueva y facilite el uso de: las cartas notariales electrónicas, la custodia notarial de bienes digitales, la copia telemática de escrituras públicas y un uso más decidido de la firma digital.

PROPUESTAS

Si bien nuestras propuestas debieran circunscribirse al ámbito notarial y, conforme al cuerpo principal de nuestro estudio, a las nuevas competencias notariales, hemos de admitir que su aprobación a nivel de normas legales requeriría previamente la aprobación de las figuras jurídicas que les dan fundamento; por lo menos, aquellas que hasta la fecha no existen, es decir: las uniones civiles homosexuales y las uniones poliafectivas. Dicho de otro modo: si proponemos que los notarios asuman como competencia la celebración de los acuerdos de unión civil homosexual, por ejemplo, pues antes debemos proponer, siquiera en sus lineamientos básicos, que la unión civil gay sea aprobada en nuestra legislación. En ese entendido nuestras propuestas de formalización de las nuevas competencias notariales incluyen el necesario antecedente de la formalización de las figuras jurídicas involucradas, así tenemos las siguientes:

- 1.-En base a la dinámica social, y dejando de lado prejuicios influenciados de creencias religiosas o de otra índole, proponer la aprobación de las uniones civiles homosexuales que sean consonantes con los lineamientos jurídicos siguientes: impedimento de ser considerada la unión civil gay como una familia, impedimento de que el acuerdo sea celebrado como matrimonio, prohibición de la adopción de hijos por parte de la pareja gay, impedimento de legalización de relaciones de parentesco, adjudicación de derechos de solidaridad tales como alimentos, asistencia recíproca, salud, educación, etc., validación de acuerdos de tipo sucesorio e incluso la imposición de multas por incumplimiento de los acuerdos suscritos. Asimismo, al ser aprobada la

unión civil gay se señalará que sus acuerdos de formalización serán suscritos ante notario público, al cual se le adjudicará esta nueva competencia.

2.-De acuerdo a la asimilación jurídica de los cambios producidos por la dinámica social resulta necesario y conveniente proponer la aprobación de las uniones poliafectivas a través de una norma expresa que la regule y que contenga, por lo menos, los siguientes parámetros: igualmente, la prohibición expresa de la adopción de niños e incapaces, la limitación en la equivalencia con la familia matrimonial, la aceptación de reglas patrimoniales, sucesorias y de solidaridad sin que impliquen el establecimiento de relaciones de parentesco, multas ante el incumplimiento contractual y otros acuerdos que la norma establecerá que deberán ser suscritos por escritura pública ante notario, motivando así la existencia de esta nueva competencia notarial.

3.-La fórmula legal en la que se asimilen estas nuevas figuras jurídicas puede ser la siguiente:

*“PROYECTO DE LEY DE LEGALIZACIÓN DE LAS UNIONES CIVILES
HOMOSEXUALES Y LAS UNIONES POLIAFECTIVAS.*

Artículo 1.- Bajo los efectos de la presente ley, se considerará unión civil a la unión afectiva y patrimonial entre dos personas del mismo sexo, con propósitos de hacer vida en común.

Artículo 2.- Se considerará unión poliafectiva a la unión entre tres personas a más, con propósitos de hacer vida en común.

Artículo 3.- Los miembros de las uniones civiles y las uniones poliafectivas podrán efectuar acuerdos relativos a:

- a) *Asistencia recíproca en materia alimentaria, de salud, educativa y otros que no impliquen menoscabo de derechos irrenunciables de terceros.*
- b) *Derechos patrimoniales sobre bienes dentro de un régimen de copropiedad especial.*
- c) *Disposición de bienes a la muerte de uno de los miembros de dichas uniones.*
- d) *Multas por incumplimiento de acuerdos entre sus integrantes.*

Artículo 4.- Las uniones civiles y las uniones poliafectivas estarán prohibidas de:

- a) *Ser consideradas como familias con efectos jurídicos subsecuentes.*
- b) *De unirse en matrimonio civil.*
- c) *Establecer relaciones de parentesco entre sus miembros.*
- d) *Adoptar hijos.*
- e) *Adoptar personas menores o mayores con discapacidad.*

Artículo 5.- Los acuerdos a los que se refiere el artículo 3 de la presente ley deberán ser formalizados por escritura pública ante Notario Público.”

4.-Modificar la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, a efecto de incluir las nuevas modalidades competenciales en materia notarial y que de ahí se deriven las posteriores modificaciones reglamentarias; es así que nos inclinamos por el siguiente texto:

DICE:

Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:

“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:”

- 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.”*

DEBE DECIR:

Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos:

“Artículo 1.- Asuntos No Contenciosos.- Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario público para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:

- 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. Acuerdo de Unión Civil.***
- 10. Acuerdo de Unión Poliafectiva.***
- 11. Convocatoria a junta obligatoria anual.*

12. *Convocatoria a junta general.*

13. Interdicción Civil.” (lo sombreado es nuestro)

Los Notarios también podrán celebrar Matrimonios, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por Ley.”

Queda claro que por una cuestión de orden programático las nuevas figuras jurídicas que se incorporen a la Ley 26662 deben tener la ubicación que nosotros hemos propuesto, y no precisamente al final como han estado haciendo las modificatorias anteriores.

5.-Promover a la comunidad, a los profesionales notarios, a los Colegios de Notarios del Perú, la necesidad de modernizar los servicios notariales que se ofrecen no solo a nivel de la tecnología física y el hardware, así como también del software, sino sobre todo en la adopción de las nuevas modalidades que ofrece la vinculación de las nuevas tecnologías con el Derecho Notarial, de este modo debe contemplarse la posibilidad de una asimilación inmediata de: su labor como fedatarios informáticos, de la formalización del testamento *on line* y del legado digital, del envío de cartas notariales electrónicas, de la custodia notarial de bienes digitales, de la copia telemática de escrituras públicas y de la práctica de la firma digital; en todo lo cual se hace también necesaria una mayor divulgación de las bondades de estos servicios a la colectividad en general.

6.-Instar a los Colegios de Notarios del Perú, a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y al Ministerio de Justicia, a que promuevan campañas intensas de información a efecto de que la

ciudadanía en general conozca las nuevas modalidades competenciales y los servicios notariales vinculados con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación social, de modo tal que esto redunde en actos jurídicos y transacciones más rápidas y seguras y que las nuevas tecnologías encuentren su verdadera finalidad en la utilidad práctica y no solo en el mero entretenimiento.

MACZ



BIBLIOGRAFIA GENERAL

a) Bibliografía.

AFTALIÓN, Enrique R.: VILANOVA, José; y, RAFFO, Julio.
INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Tercera edición. Editorial
Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

BARRAGAN, Alfonso M. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL.**
Editorial Temis, Bogotá, 1979.

CAMACHO ZÁRATE, Marco Antonio. **EL NUEVO DERECHO
INFORMÁTICO.** Tesis para optar el grado académico de
Bachiller en Derecho, por la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 1989.

CARNEIRO, José A. **DERECHO NOTARIAL.** Segunda edición. Editora
Distribuidora INAF, Lima, 1988.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. **DERECHO NOTARIAL Y DERECHO
REGISTRAL.** Editorial Porrúa, México, 2007.

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. **NOTAS DE TEORÍA DEL DERECHO.**
Publicacions de la Univesitat Jaume I, Castello de la Plana-
Valencia, 1997.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo 7, Letra D. Editorial
Driskull, Buenos Aires, 1998-2004.

FERNÁNDEZ URIEL, Pilar; y, MAÑAS ROMERO, Irene. **LA CIVILIZACIÓN ROMANA**. Editorial UNED, Madrid, 2013.

FERREIRA DE LAURENTIS, Eliane. **TEMAS POLÉMICOS EN DERECHO DE FAMILIA CONFORME AL DERECHO BRASILEÑO**. Editorial Dunken, Buenos Aires, 2015.

GALLINO, Luciano. **DICCIONARIO DE SOCIOLOGÍA**. Siglo XXI Editores, México D.F., 2005.

GARCÍA BARRERA, Myrna Elia. **DERECHO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**. Universidad Nacional de México, México D.F., 2011.

GATTARI, Carlos Nicolás. **EL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO NOTARIAL**. Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1969.

GATTARI, Carlos Nicolás. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL**. Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. **DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL**. Volumen 3. Editora y Distribuidora Ediciones legales, Lima, 2015.

LAFFERRIERE, Augusto Diego. **CURSO DE DERECHO NOTARIAL: ANOTACIONES EFECTUADAS DURANTE EL CURSADO DE LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO NOTARIAL**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Entre Rios-Argentina, 2008.

MUSALEM S., José. **EL ABOGADO Y EL NOTARIADO.** En:
PACHECO GÓMEZ, Máximo (Director). **LA ABOGACÍA Y SUS
OPCIONES PROFESIONALES.** Editorial Jurídica de Chile,
Santiago, 1997.

GATTARI, Carlos Nicolás. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL.**
Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

PEDRAZA, Enrique Antonio. **EL NOTARIO PÚBLICO. FUNCIONARIO
AL MARGEN DEL ESTADO.** S.e., Mexico, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **NUEVAS TECNOLOGÍAS Y NUEVOS
DERECHOS.** En: **EFFECTOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA
INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN SOBRE LOS
DERECHOS HUMANOS.** Institut de Drets Humans de
Catalunya (IDHC), Barcelona, 2010.

RIMASCCA HUARANCCA, Angel. **EL DERECHO REGISTRAL EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL REGISTRAL.** Editorial
Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

ROBLEDA, Olis. **EL MATRIMONIO EN DERECHO ROMANO.**
Universita Gregoriana Editrice, Roma, 1970.

RODRIGUEZ GAONA, Roberto. **LA IDEA DEL DERECHO.** Universidad
Autónoma del Estado de Hidalgo, México, 2006.

SÁNCHEZ MALUF, Miguel. **LA FUNCIÓN NOTARIAL EN ROMA.** En:
ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Volumen 8, Facultad de
Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba-
Argentina, 2003.

TÉLLEZ VALDES, Julio. **DERECHO INFORMÁTICO**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 1991.

VELASCO MONTES, José Ignacio. **EGIPTO ETERNO**, 10000 A.C.-2500 A.C. Ediciones Nowtilus, Madrid, 2007.

VILLAVICENCIO CARDENAS, Miguel. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL**. Jurista Editores, Lima, 2012.

b) **Hemerografía.**

BARTRA VALDIVIESO, Leonardo. **LA INFORMÁTICA COMO INSTRUMENTO DE APOYO AL NOTARIO**. En: Revista NOTARIUS. N° 01. Colegio de Notarios de Lima, Lima, 1990.

BROMBERG, Susana Haydeé. **EL NOTARIO EN EL DERECHO HEBREO**. En: REVISTA MAJ'SHAVOT / PENSAMIENTOS. Volumen 38, Número 1. Seminario Rabínico Latinoamericano, Buenos Aires, 2000.

FLORES MENDOZA, Imer B. **LA DEFINICIÓN DEL DERECHO**. En: REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO. Número 209-210, Septiembre - Diciembre, Tomo XLVI. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1996.

LÓPEZ JUÁREZ, Ponciano. **EL NOTARIO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO**. En: REVISTA MEXICANA DE DERECHO. Número 3, Colegio de Notarios del Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 2001.

ORNELAS K., Hector. **APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO NOTARIAL.** En: **REVISTA DE DERECHO NOTARIAL MEXICANO.** Agosto, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México D.F., 1971.

PODIUM NOTARIAL: REVISTA DEL COLEGIO DE NOTARIOS DEL ESTADO DE JALISCO. Número 2, Enero-Junio. Grafica Nueva SA, Jalisco, 1990.

PONDÉ, Eduardo Bautista. **LEYES GENÉTICAS Y CONFIGURATIVAS DEL NOTARIADO Y DEL DOCUMENTO NOTARIAL.** En: **REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY.** Tomo 63, Número 9-10, setiembre-octubre. Asociación de Escribanos del Uruguay (AEU), Montevideo, 1977.

c) **Webgrafía.**

COLOMBIA: NUEVO CONTRATO PARA UNIÓN DE PAREJAS GAY.

Diario EL CARIBE, Edición digital del 20 de junio del 2013. Disponible en internet (actualizado al 04 de abril del 2016): <http://www.elcaribe.com.do/2013/06/20/colombia-nuevo-contrato-para-union-parejas-gay>

LOS NOTARIOS ESTÁN LISTOS PARA AUTORIZAR CONTRATOS

DE UNIÓN GAY. Diario El UNIVERSAL. Edición digital del 14 de junio del 2013. Disponible en internet (actualizado al 5 de abril del 2016):

<http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/los-notarios-estan-listos-para-autorizar-contratos-de-union-gay-123094>

NUÑEZ LAGOS, Rafael. **EL DERECHO NOTARIAL COMO RAMA PARTICULAR DEL DERECHO.** En: REVISTA NOTARIAL. ÓRGANO DEL COLEGIO DE NOTARIOS DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS. Volúmenes III y IV, Años IV y V, Tomo I, Números 13-19 tomo I Abril de 1953-Diciembre de 1954. Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal, México D.F., 1954.

RIO DE JANEIRO OFICIALIZA UNA RELACIÓN DE TRES MUJERES.

En: MONTEVIDEO PORTAL, Edición del 24 de octubre del 2015. Disponible en internet (actualizado al 11 de abril del 2016): <http://www.montevideo.com.uy/auc.aspx?288376>

RODRIGUEZ VELARDE, Javier. **EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS REGULADOS POR LA LEGISLACIÓN PERUANA.** Disponible en internet (actualizado al 23 de julio del 2016): <http://www.rodriguezvelarde.com.pe/articulos.htm>

SE COBIJAN 300 PAREJAS BAJO LEY DE CONVIVENCIA. En: Diario EL INFORMADOR. Edición digital del 14 de octubre del 2015. Disponible en internet (actualizado al 12 de abril del 2016): <http://www.informador.com.mx/jalisco/2015/619693/6/se-cobijan-300-parejas-bajo-ley-de-convivencia.htm>

d) **Legislación.**

Código Civil de 1852

Código Civil de 1936.

Código Civil de 1984.

Código de Derecho Canónico.

Decreto 2668 del 26 de diciembre de 1988, de Colombia.

Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado.

Decreto Legislativo N° 681, Norma que regula el uso de Tecnologías Avanzadas en Materia de Archivo de Documentos e Información.

Decreto Legislativo N° 827, Amplían los alcances del Decreto Legislativo N° 681 a las Entidades Públicas a fin de modernizar el sistema de archivos oficiales.

Decreto N° 24486/LX/1, Ley de Libre Convivencia del Estado de Jalisco:

Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado.

Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y establece normas aplicables al procedimiento registral en virtud del Decreto Legislativo N° 681 y ampliatorias.

Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y su modificatoria Decreto Supremo 070-2011-PCM.

Decreto Supremo N° 133-2013-PCM, Decreto Supremo mediante el cual se establece el acceso e intercambio de información espacial entre entidades de la Administración Pública, publicado el 27 de diciembre del 2016.

Decreto Supremo N° 105-2012-PCM, Establecen disposiciones para facilitar la puesta en marcha de la firma digital y modifican el Decreto Supremo N° 052-2008-PCM.

Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, del 11 de marzo del 2014.

Ley 28186, Ley que establece los alcances del Decreto Legislativo N° 681 mediante el cual se regula el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información.

Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos.

Ley N° 30007, Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de Uniones de Hecho.

Ley N° 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías.

Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos.

Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR, Ley que establece la Unión Civil no Matrimonial.

Proyecto de Ley N° 2801/2013-CR, Ley de Atención Mutua.

Proyecto de Ley N° 3273/2013-CR, Ley que propone el Régimen de Sociedad Solidaria.

Resolución Ministerial N° 310-2013-PCM, Autorizan ejecución de la Encuesta Nacional de Recursos Informáticos en la Administración Pública, del 19 de diciembre del 2013.

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 234-2014-SUNARP/SN, que aprueba la Directiva N° 004-2014-SUNARP/SN.

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 179-2015-SUNARP/SN.

Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España, del 15 de julio de 1944 y modificado por Real Decreto 45/2007 del 29 de enero del 2007.

Decreto Supremo N° 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad.

Decreto Legislativo N° 1246, que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, publicado el 10 de noviembre del 2016.





PLAN DE TESIS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



***“EL NOTARIO DEL SIGLO XXI: LA FUNCIÓN NOTARIAL Y
SUS DIVERSAS COMPETENCIAS DERIVADAS DEL USO DE
LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA DINÁMICA SOCIAL EN
EL PERU, 2016.”***

Plan de Tesis presentado por el Magíster:
Marco Antonio Camacho Zárate

Para optar el Grado Académico de:
Doctor en Derecho.

Arequipa - Perú

2016

CONTENIDO

Preámbulo

I PLANTEAMIENTO TEORICO

1. Problema de Investigación
 - 1.1. Enunciado del Problema
 - 1.2. Descripción del Problema
 - 1.1.1. Área del Conocimiento
 - 1.1.2. Análisis de variables
 - 1.1.3. Interrogantes Básicas
 - 1.1.4. Tipo y Nivel de Investigación
 - 1.3. Justificación
2. Marco Conceptual
3. Antecedentes Investigativos
4. Objetivos
5. Hipótesis

II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas e Instrumentos
2. Campo de Verificación
 - 2.1. Ubicación espacial
 - 2.2. Ubicación temporal
 - 2.3. Unidades de estudio
3. Estrategias de recolección de datos
4. Cronograma de trabajo
5. Bibliografía básica

PREAMBULO

En todo tiempo y lugar las sociedades evolucionan, progresan, crecen; y no sólo nos referimos al número de sus habitantes, siempre tendiente al crecimiento desmedido, sino también a la diversidad cambiante de sus relaciones sociales, a los nuevos patrones culturales establecidos, a las innovaciones tecnológicas que permiten otras formas de interrelación humana, a las actuales necesidades laborales, a los novedosos mecanismos de intercambio comercial, etc. En todas estas esferas de reciente asimilación o consolidación, en una primera etapa y precisamente por su novedad, no existe una regulación positiva idónea, es decir no existe norma escrita o la que existe es deficiente o está desactualizada. Es allí que aparece el Derecho para regular, de la forma más inmediata y legítima posible, estos diversos aspectos derivados de la dinámica social y del uso de las nuevas tecnologías, en este objetivo todos los operadores jurídicos (jueces, especialistas, fiscales, abogados, funcionarios públicos y otros) hacen su esfuerzo de estar actualizados y de asimilar, primero dentro de sus estudios teóricos, y luego dentro de su práctica profesional, a todas estas innovaciones que les permitan un mejor desempeño en su actividad laboral. En este contexto el notario público peruano, también un profesional del Derecho, no puede estar ajeno a estos grandes cambios y tiene la obligación de estar permanentemente actualizado e ir introduciendo en su quehacer laboral las actuales pautas de conducta e interrelación humanas que emanan de la siempre versátil dinámica social y del incontenible avance en el uso de las nuevas tecnologías. Nosotros esperamos iniciar el estudio de esta temática apasionante y original, pero no en lo que corresponde a sus aspectos más burdos, referidos por ejemplo a si el notario usa una computadora o si tiene presencia en las redes sociales, aspectos que bien pueden merecer otras investigaciones; lo que aquí nos interesa es lo sustancial, no la forma, por ende nos resulta más relevante que podamos investigar y conocer cuáles podrían ser estas modernas competencias notariales que los profesionales de la fe pública podrían estar asumiendo en el corto y mediano plazo en nuestro país, se trata de una tarea analítica y propositiva pero que redituará en una adaptación más inmediata y efectiva del notariado a los tiempos modernos que nos sobrevienen con rapidez.

I. PLANTEAMIENTO TEORICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

EL NOTARIO DEL SIGLO XXI: LA FUNCIÓN NOTARIAL Y SUS DIVERSAS COMPETENCIAS DERIVADAS DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA DINÁMICA SOCIAL EN EL PERU, 2016.

1.2. Descripción del problema

1.2.1. Área del conocimiento

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

- a) Campo : Derecho.
- b) Área : Derecho Notarial.
- c) Línea : Diversas competencias notariales.

1.2.2. Análisis de las variables

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
Dependiente	FUNCION NOTARIAL	LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL PERÚ	Evolución histórica del Derecho Notarial.
			Regulación legal del Derecho Notarial en el Perú.
			Principales funciones notariales.
Independiente	DIVERSAS COMPETENCIAS EN BASE A LA DINAMICA SOCIAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	DINÁMICA SOCIAL	Concepto de Dinámica Social
			El Derecho ante la Dinámica Social.
		NUEVAS TECNOLOGÍAS	Uso de Nuevas Tecnologías.
			El Derecho ante el uso de las Nuevas Tecnologías.
		DIVERSAS COMPETENCIAS NOTARIALES	Diversas competencias notariales en base al uso de las nuevas tecnologías y la dinámica social.

1.2.3. Interrogantes básicas

- a) ¿Cómo se ha presentado la evolución histórica del Derecho Notarial y cuál es su importancia para el Derecho moderno?
- b) ¿Cuáles son las principales características de la regulación legal del Derecho Notarial en el Perú?
- c) ¿Cuáles son las principales funciones competenciales que tiene el Notario en el Perú?
- d) ¿Qué es la dinámica social y cómo se relaciona con el Derecho en la actualidad?
- e) ¿Cómo se presenta el Derecho ante el uso de las Nuevas Tecnologías?

- f) ¿Cuáles son las principales competencias notariales derivadas del uso de las nuevas tecnologías y la dinámica social.

1.2.4. Tipo y nivel de investigación:

La investigación será:

- | | |
|-----------------------------------|-----------------|
| a) Por su finalidad | : Aplicada. |
| b) Por el tiempo que comprende | : Longitudinal. |
| c) Por el nivel de profundización | : Explicativa. |
| d) Por el ámbito | : Documental. |

1.3. JUSTIFICACIÓN

Nuestro tema es **actual** puesto que definitivamente las nuevas tecnologías y la dinámica social se desarrollan incesantemente en los tiempos modernos, las sociedades evolucionan y crecen rápidamente y se están innovando permanentemente en materia de usos tecnológicos que facilitan su vida personal, laboral y comunitaria, ante ello el Derecho Notarial no puede estar ajeno ya que muchos de esos novedosos actos jurídicos pueden estar comprendidos dentro de su desempeño profesional. Precisamente por ello este tema tiene **relevancia jurídica** ya que es preciso que podamos determinar con claridad los aspectos resultantes de la dinámica social y de la aparición de modernas tecnologías que merecen ser asimilados por el Derecho en general y que, sucesivamente, sean de importancia para el Derecho Notarial moderno. En este sentido la **utilidad social** de nuestra investigación está dada porque en este tema se presenta justamente la exigencia del Derecho en regular la cambiante práctica social, proponiendo nuevas figuras jurídicas o asimilando las ya existentes ofreciendo una reglamentación que, finalmente, ofrezca a los ciudadanos una mejora en los servicios notariales y una mayor eficiencia, rapidez y seguridad en la realización de sus actos jurídicos. Asimismo este estudio posee **relevancia académica** porque a partir de nuestros análisis, postulados y conclusiones es que podemos favorecer el debate acerca de la futura labor de los notarios en nuestro país, así como lograr las reformas legislativas que permitan asimilar estas innovadoras figuras competenciales a la labor de los notarios y en beneficio de la colectividad en general.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NOTARIADO.

“La constitución actual del instrumento, de la función y de fe notarial son el resultado de su historia. Al principio, el primero carecía de fe notarial y el original se entregaba a la parte; el medioevo entendió esa fe como religiosa, luego fue laica. Sólo en la época moderna se instituye el protocolo y se distingue la fe notarial de la judicial. Al comienzo, la comunidad fue el sujeto activo de la función notarial, después quedó constituida en una persona singular; sólo a fines del siglo pasado se distinguen los escribanos judiciales de los escribanos de registro.

(...) El aumento de la población y de los contratos determinó que la función notarial pasara de la comunidad a una persona singular, transitando antes por los registros públicos. El tabellio es el antecesor romano del notario, y según Pondé era el "individuo técnico en aspectos de derecho que redactaba documentos relacionados con la actividad privada y que ofrecía su asesoramiento jurídico".⁸⁶

2.2.- IMPORTANCA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA LATINO.

“Díaz Mieres nos informa que el Cuarto Congreso Internacional del Notariado Latino, efectuado en Río de Janeiro, aprobó las siguientes conclusiones con relación al notario latino:

« 1 ° El notario latino, por el hecho de estar encargado de aplicar la ley en los contratos que autoriza, actúa como un asesor de las partes en cuanto a ella; además, ante su oscuridad, sus contradicciones y sus omisiones, él está llamado a aclararla e interpretarla. La

⁸⁶ GATTARI, Carlos Nicolás. MANUAL DE DERECHO NOTARIAL. Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. pp. 14-16.

práctica notarial es así una fuente de derecho que complementa la obra del legislador.

2° El notario latino tiene esencialmente un rol de conciliador, de árbitro entre las partes, rol este que pertenece a la jurisdicción graciosa o voluntaria.

3° El notario latino da vida a la ley y esta vida es la expresión tanto de la voluntad del legislador como la de las partes. Debe saber adaptarse tanto a los casos particulares como a las situaciones creadas por la evolución económica y social del país en que actúa.

4° La estabilidad que conserva mientras la merezca es un factor constante de permanencia y de paz.

5° Finalmente, por estar encargado de una función pública, y obligado a prestar sus servicios cuando le sean requeridos, el notario latino confiere a los documentos que autoriza, así como a los hechos que ellos reflejan, una fuerza, una virtud que deriva del imperium de que está revestida. La seguridad de las partes se desprende naturalmente de este hecho, así como la tranquilidad de la vida social»⁸⁷.

2.3.- EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DE LA FE PÚBLICA.

“Bartolomé Fiorini denomina a la fe notarial fe legitimada. Lo hace porque advierte que es la única regulada por ley; las demás que intentan equipararse: fe judicial, fe administrativa, fe registral, no se encuentran en ninguna norma legal. Por otro lado, si sobrepasamos las épocas y nos metemos en la Edad Media, verdadero fundamento de nuestra civilización actual, la única fe denominada pública era la notarial. Los procesalistas no pretendían ninguna fe para un juez que tenía en sus manos el imperium para aplicar el iudicium; los especialistas en derecho administrativo eran entonces una entelequia, y no digamos nada de los de derecho registral, aunque cabe asignárseles quizá la mayor

⁸⁷ VILLAVICENCIO CARDENAS, Miguel. **NOTARIAL**. Jurista Editores, Lima, 2009. p. 14.

antigüedad porque la insinuatio es muy vieja, cierto es que con diversos caracteres.

Couture expresa que el concepto de fe pública se asocia a la función notarial de manera más directa que a cualquier otra función. ¿Y qué es fe pública? Podríamos conceptualarla como aquella cualidad ínsita en los documentos emitidos por el Estado o por quienes éste autoriza para resguardar su veracidad y seguridad.”⁸⁸.

2.4.- PRINCIPALES FUNCIONES NOTARIALES.

“Don Jose Castán Tobeñas, ilustre jurista, pero que no es notario, dice que la función del notario como profesional del derecho, tiene tres aspectos: 1°. Función directiva, en que aconseja, asesora, instruye como perito en derecho y concilia y coordina voluntades; 2°. Función modeladora, el notario modela el acto jurídico, dotándolo de forma legal. Para ello, califica la naturaleza y legalidad del acto; admite éste a su intervención al tenerse por requerido por las partes, o bien lo rechaza, si la calificación es adversa; y por fin, lo redacta. Esta función de redacción la ejerce con entera libertad, sin más condición o limitación que la de no traicionar la voluntad de las partes dentro de las normas del derecho y observando las prescripciones de la Ley del Notariado. 3°. Función autenticadora, es ésta la de mayor trascendencia pública. Consiste en investir los actos notariales de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas, para ser impuestos por el poder coactivo del Estado.”⁸⁹.

2.5.- CONCEPTO DE DINÁMICA SOCIAL.

“Dinámica Social. A. Parte de la sociología, llamada también "Dinámica" o "Sociología dinámica", que estudia las variaciones, el mudamiento y el desarrollo de un estado a otro de los principales tipos de agregados

⁸⁸ GATTARI, Carlos Nicolás. *Op. Cit.*, p. 297.

⁸⁹ CARRAL Y DE TERESA, Luis. **DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL**. Editorial Porrúa, México, 2007. p. 74.

sociales, sociedades, comunidades, instituciones, grupos, asociaciones, junto con sus factores. Por extensión, la exposición en tratados o manuales del conocimiento obtenido mediante tal estudio. Complementaria de la dinámica social es la estática social.

B. Dinámica social y estática social son dos conceptos que nacen juntos a inicios del siglo XIX y que se encuentran en la mayoría de los autores que se han ocupado de ellas, con el trasfondo de un componente organicista común. Ya en 1811 Johann Friedrich Herbert llamaba "dinámica de la sociedad" al estudio de los movimientos de afirmación y de retraimiento de las ideas que se afrontan mediante las asociaciones que las incorporan, dando origen a "voluntades parciales" que culminan en el estado. Para Comte la dinámica social, asimilada al punto de vista fisiológico de la biología, estudia las leyes del movimiento continuo de las sociedades, mientras que la estática social estudia su organización.⁹⁰

2.6.- USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO.

*"No parece lícito dudar que las **Nuevas Tecnologías (NT)** están siendo el fenómeno estelar de nuestro tiempo. En el inicio de este milenio, las NT se presentan como un paso decisivo en el avance de los sistemas de información y comunicación a escala planetaria.*

Cada época confiere a las instituciones jurídicas y políticas que en ella operan un perfil característico. El signo de nuestro tiempo se distingue por la omnipresencia de las NT en todos los aspectos de la vida individual y colectiva. En los últimos años se ha ampliado decisivamente la incidencia de las NT en amplios sectores de la experiencia jurídica y política, ello invita a plantear también su repercusión en el alcance y ejercicio de las libertades.

(...) Tampoco puede soslayarse que el contexto en el que se ejercitan los derechos humanos es el de una sociedad donde la informática ha

⁹⁰ GALLINO, Luciano. **DICCIONARIO DE SOCIOLOGÍA**. Siglo XXI Editores, México D.F., 2005. pp. 311-312.

devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la “sociedad de la información”, o a la “sociedad informatizada”.

El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, educativos y médicos, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. La vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que se ha calificado, con razón, de “juicio universal permanente”. Ya que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad.”⁹¹.

2.7.- LA FUNCIÓN NOTARIAL Y EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

“Como bien dice el licenciado mexicano Martínez Urquidi citado por Hugo Pérez Montero en su artículo “El Notariado Moderno y la computación”: “Sería miope el que dijera que una simple máquina puede desplazar la vetusta función notarial, ya que esta se fundamenta en el conocimiento, capacidad, honestidad y voluntad de servicio de un ser pensante y no en la simple respuesta condicionada de unos fierros luminosos”.

Como ha dicho el profesor Julio R. Bardallo citado también por Pérez Montero en su referido artículo: “La función notarial no está amenazada en sí misma por los progresos de la técnica, sigue vigente y continuará así. Los cambios que la ley pueda introducir no serán a la función

⁹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **NUEVAS TECNOLOGÍAS Y NUEVOS DERECHOS.** En: **EFFECTOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS.** Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC), Barcelona, 2010. pp. 19-21.

propriadamente dicha, por cuanto su esencia es tan natural como la ley de gravedad. Los cambios pueden producirse en relación con los agentes o las formas jurídicas, buscando una mayor adecuación con la realidad".

Por todo ello el notario latino, al tiempo de intervenir y valerse de esta alta tecnología, debe insistir en su intervención personal como profesional del derecho y fedatario al mismo tiempo, como elemento de síntesis y eficaz coordinador, capaz de reflejar como nadie la compleja variedad de la conducta humana, y de guiarla y conducirla por los caminos permitidos por la norma jurídica, asegurando la eficacia del acto realizado y la verdad de los hechos representados a través del documento.

La seguridad jurídica en nada se ve mellada, la máquina es sólo un instrumento que la técnica pone al alcance del notario posibilitando que este brinde un servicio más rápido y eficaz. Flora M. De Katz, notaria argentina fija su posición respecto de cómo debe reaccionar el notario frente al reto del avance científico, en las líneas que a continuación se transcriben:

"Los profesionales deben tomar conciencia que las profesiones no son estáticas y que una forma de defenderlas y asegurar su permanencia es saber cambiar y adoptar las nuevas tecnologías. Profesiones de largo pasado no dan ni otorgan permanencia ni son un seguro de vida y sólo se justifica su existencia si resultan útiles a la sociedad... Lo expresado hasta ahora se aplica al notariado, profesión que a pesar de su larga trayectoria, historia y tradiciones no puede mantenerse apartada de los cambios tecnológicos de estos últimos años y los integrantes de ese notariado deben hacer un esfuerzo de reflexión y de adaptación a las nuevas condiciones. Las transformaciones que se están produciendo son grandes, es necesario adaptar el mundo jurídico notarial a las nuevas condiciones, en forma prudente pero resuelta, asumiendo los problemas de evolución, atendiendo especialmente a las estructuras, reglamentaciones y deontología del notariado".

Finalmente, puede decirse que ahora estamos en el comienzo de nuevas aperturas del derecho frente a la cibernética y la tecnología porque, es indudable que frente a los logros y avances del mundo

moderno, el derecho tiene que revalorizarse y servirse de los medios y posibilidades brindadas por la ciencia y la técnica.

(...) Sería conveniente que en el Perú la nueva Ley del Notariado contemple expresamente la facultad de emplear sistemas mecanizados en la elaboración de instrumentos públicos. Se lograría con ello, que el ordenamiento jurídico contemple los avances de la técnica electrónica, y su utilización en la práctica, y a su vez que ésta tenga un amparo legal expreso y actualizado a nivel de ley orgánica.⁹².

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Si bien existen algunas investigaciones acerca del Derecho Notarial peruano en las Universidades de nuestra localidad, estas tocan diversos temas propios a esta especialidad jurídica pero no estudian la temática referida a las diversas o modernas funciones competenciales de los notarios en función al uso de las nuevas tecnologías (NT) y la dinámica social. Si bien es posible advertir la misma situación a nivel nacional, tenemos la siguiente excepción que podemos considerar como antecedente de investigación afín a nuestro tema:

ARANEDA AZABACHE, Candy Elizabeth. **LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PERÚ.** Tesis para obtener el título profesional de Abogada, presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada "Antenor Orrego", 2015. En esta investigación la autora efectúa un tratamiento teórico acerca de la teoría de los contratos lo cuál le permite llegar a esbozar las características de la contratación electrónica, asimismo dedica interesantes páginas a plantear los aspectos generales de la firma digital haciendo una distinción con las firmas electrónicas. Su conclusión más importante es aquella que se refiere a que el desarrollo de los instrumentos digitales que permitan la adecuada identificación y participación

⁹² BARTRA VALDIVIESO, Leonardo. **LA INFORMÁTICA COMO INSTRUMENTO DE APOYO AL NOTARIO.** En: Revista NOTARIUS. N° 01. Colegio de Notarios de Lima, Lima, 1990. pp. 81-82.

de las partes en los contratos electrónicos brindaría mayor seguridad jurídica al comercio y, por ende, al país.

Por otro lado, a nivel internacional hemos podido identificar la siguiente investigación como un antecedente indirecto pero relevante para los efectos de nuestro estudio:

RODRÍGUEZ SIBAJA, María De Montserrat. **LA FIRMA ELECTRÓNICA Y LA FE PÚBLICA**. Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. En este estudio su autora analiza a profundidad los diversos aspectos teórico-conceptuales de la firma electrónica y describe los elementos de un sistema seguro de almacenamiento y reproducción de datos informáticos, asimismo efectúa una revisión general de las normas más importantes de su país (México) que se refieren al tratamiento legal de la firma digital y, adicionalmente, detalla cómo se presenta esta regulación en el derecho comparado.

4. OBJETIVOS

- 4.1. Conocer la evolución histórica del Derecho Notarial y su importancia para el Derecho moderno.
- 4.2. Describir las principales características de la regulación legal del Derecho Notarial en el Perú.
- 4.3. Identificar las principales funciones competenciales que tiene el Notario en el Perú.
- 4.4. Conocer el concepto de dinámica social y precisar su relación con el Derecho en la actualidad.
- 4.5. Establecer la posición del Derecho frente uso de las Nuevas Tecnologías.
- 4.6. Determinar las principales competencias notariales derivadas del uso de las nuevas tecnologías y la dinámica social.

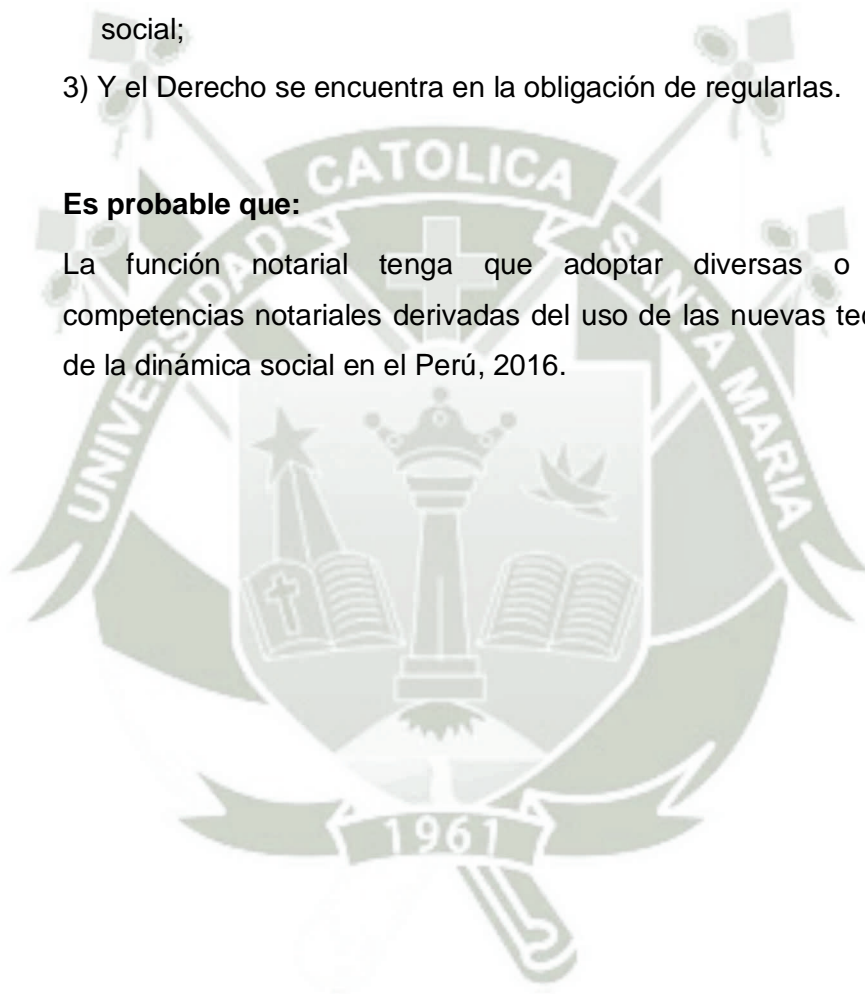
5. HIPOTESIS

Dado que:

- 1) El uso de las nuevas tecnologías (NT) se ha masificado en nuestra vida social en todos sus ámbitos;
- 2) La dinámica social está imponiendo nuevas formas de interrelación social;
- 3) Y el Derecho se encuentra en la obligación de regularlas.

Es probable que:

La función notarial tenga que adoptar diversas o modernas competencias notariales derivadas del uso de las nuevas tecnologías y de la dinámica social en el Perú, 2016.



II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

CUADRO DE SISTEMATIZACION DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Dependiente	FUNCION NOTARIAL	LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL PERÚ	Evolución histórica del Derecho Notarial.	OBSERVACIÓN DOCUMENTAL.	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas Bibliográficas. - Fichas Hemerográficas. - Informatigrafía. - Legislación nacional.
			Regulación legal del Derecho Notarial en el Perú.		
			Principales funciones notariales.		
Independiente	DIVERSAS COMPETENCIAS EN BASE A LA DINAMICA SOCIAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	DINÁMICA SOCIAL	Concepto de Dinámica Social	OBSERVACIÓN DOCUMENTAL.	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas Bibliográficas. - Fichas Hemerográficas. - Informatigrafía. - Legislación nacional. - Legislación comparada.
			El Derecho ante la Dinámica Social.		
		NUEVAS TECNOLOGÍAS	Uso de Nuevas Tecnologías.		
			El Derecho ante el uso de las Nuevas Tecnologías.		
DIVERSAS COMPETENCIAS NOTARIALES	Diversas competencias notariales en base al uso de las nuevas tecnologías y la dinámica social.				

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

- 1.1. Para nuestra variable dependiente usaremos la técnica de la observación documental, para lo cual confeccionaremos y llenaremos fichas bibliográficas y hemerográficas con información relevante y/o pertinente (Anexo N° 1 y Anexo N° 2), las cuales constarán también con las fuentes precisas y detalladas de dónde se ha obtenido dicha información; adicionalmente usaremos los datos provenientes de internet y de la legislación nacional.
- 1.2. Para nuestra variable independiente utilizaremos del mismo modo la observación documental con los instrumentos referidos tales como fichas bibliográficas y fichas hemerográficas, así como la legislación nacional y la información proveniente de páginas web, además de usar en este caso el derecho comparado por ser de relevancia jurídica.

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.

2.1. Ubicación espacial.

Perú.

2.2. Ubicación temporal.

Entre el 25 de junio del 2008⁹³ hasta el 25 de abril del 2016.

2.3. Unidades de estudio.

- Bibliografía.
- Hemerografía.
- Informatigrafía.
- Legislación nacional.
- Legislación comparada.

⁹³ Fecha de promulgación del Decreto Legislativo N° 1049 del Notariado.

3. ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La estrategia de recolección de datos se dará en el siguiente orden: primeramente acopiaremos y transcribiremos toda la información relevante y pertinente posible proveniente de nuestras unidades de estudio, sistematizaremos dicha información agrupándolas de acuerdo al desarrollo de los indicadores y subindicadores; posteriormente procederemos al análisis de la información obtenida y, luego, a la redacción capitular en forma ordenada. Finalmente plantearemos las conclusiones, propuestas y revisaremos cuidadosa e integralmente nuestro informe de tesis para proceder a su presentación y sustentación final.

4. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

ACTIVIDADES	2016																
	MES	Febrero				Marzo				Abril				Mayo			
	SEMANA	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Preparación del Plan		X	X														
Aprobación del Plan			X	X													
Recolección de Datos				X	X	X	X										
Sistematización de Datos						X	X										
Análisis de Datos							X	X		X	X						
Conclusiones y Propuestas										X	X						
Redacción del informe final											X	X					
Presentación y Sustentación														X	X		

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

BARTRA VALDIVIESO, Leonardo. **LA INFORMÁTICA COMO INSTRUMENTO DE APOYO AL NOTARIO**. En: Revista NOTARIUS. N° 01. Colegio de Notarios de Lima, Lima, 1990.

CANDELA CERDÁN, Juan. **MANUAL PARA TÉCNICO DOCUMENTAL EN NOTARÍAS**. 2da edición, Tomo I y Tomo II. Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. **DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL**. Editorial Porrúa, México, 2007.

GALLINO, Luciano. **DICCIONARIO DE SOCIOLOGÍA**. Siglo XXI Editores, México D.F., 2005.

GÁLVEZ ALIAGA, Iván Leonardo. **MANUAL DE DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL**. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., Lima, 2014.

GATTARI, Carlos Nicolás. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL**. Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

LAFFERRIERE, Augusto Diego. **CURSO DE DERECHO NOTARIAL: ANOTACIONES EFECTUADAS DURANTE EL CURSADO DE LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO NOTARIAL**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Entre Ríos-Argentina, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **NUEVAS TECNOLOGÍAS Y NUEVOS DERECHOS**. En: **EFFECTOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS**. Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC), Barcelona, 2010.

RODRIGUEZ VELARDE, Javier. **LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**. Disponible en internet (actualizado al 19 de febrero del 2016): <http://www.rodriuezvelarde.com.pe/articulos.htm>

RODRIGUEZ VELARDE, Javier. **EL COMERCIO ELECTRÓNICO**. Disponible en internet (actualizado al 19 de febrero del 2016): <http://www.rodriguezvelarde.com.pe/articulos.htm>

RODRIGUEZ VELARDE, Javier. **EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS**. Disponible en internet (actualizado al 19 de febrero del 2016): <http://www.rodriguezvelarde.com.pe/articulos.htm>

RODRIGUEZ VELARDE, Javier. **LA FE PÚBLICA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**. Disponible en internet (actualizado al 19 de febrero del 2016): <http://www.rodriguezvelarde.com.pe/articulos.htm>

RODRIGUEZ VELARDE, Javier. **LA FIRMA DIGITAL**. Disponible en internet (actualizado al 19 de febrero del 2016): <http://www.rodriguezvelarde.com.pe/articulos.htm>

VILLAVICENCIO CARDENAS, Miguel. **MANUAL DE DERECHO NOTARIAL**. Jurista Editores, Lima, 2009.

- Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado.
- Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, Aprueban Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado.
- Decreto Legislativo N° 1232, se modifican diversos artículos de la Ley del Notariado Decreto Legislativo N° 1049.
- Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos.
- Decreto Legislativo 681, Dictan normas que regulan el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo.
Decreto Supremo 009-92-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo n° 681, sobre el uso de tecnologías de avanzada en materia de archivos de las empresas
- Decreto Supremo N° 009-97 JUS - Estatuto Único de los Colegios de Notarios del Perú.
- Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos.
- Ley N° 27333, Ley Complementaria a la Ley N° 26662.

- Ley 29227, Ley de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior.
- Decreto Supremo 009-2008-JUS, Reglamento de la Ley de Separación Convencional y Divorcio Ulterior.



ANEXO Nº 1
FICHA BIBLIOGRAFICA

<u>FICHA BIBLIOGRÁFICA</u>		
<i>Autor:</i>		
<i>Título:</i>		
<i>Editorial:</i>		
<i>Ciudad:</i>	<i>Año:</i>	<i>Página:</i>
<i>Otros:</i>		
<hr/>		
<hr/>		
<hr/>		
<hr/>		
<hr/>		

<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>

(Vista posterior)

ANEXO Nº 2
FICHA HEMEROGRÁFICA

<u>FICHA HEMEROGRÁFICA</u>		
<i>Autor:</i>		
<i>Título:</i>		
<i>Revista:</i>		
<i>Editorial:</i>		
<i>Ciudad:</i>	<i>Año:</i>	<i>Página:</i>
<i>Otros:</i>		
<hr/>		
<hr/>		
<hr/>		
<hr/>		
<hr/>		

<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>
<hr/>

(vista posterior)

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

**CAPÍTULO I
EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO ACTUAL DEL DERECHO
NOTARIAL EN EL PERÚ.**

**CAPÍTULO II
DIVERSAS COMPETENCIAS NOTARIALES DERIVADAS DEL USO
DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PERU.**

**CAPÍTULO III
NUEVAS COMPETENCIAS NOTARIALES DERIVADAS DEL AVANCE
DE LA DINÁMICA SOCIAL EN EL PERU.**

**CONCLUSIONES
PROPUESTAS**

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

MACZ