

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL PROYECTO SOBRE CASAMIENTO POR ESCRITURA PÚBLICA(*) (1)

RUT ETEL MARINO

SUMARIO

A. Introducción. - B. El proyecto. - C. Antecedentes históricos. - D. Fundamentos del proyecto. - E. Procedimiento. - F. Aspectos jurisdiccionales. - G. Item registral. Efectos.

A. INTRODUCCIÓN

Desde los comienzos de nuestra organización institucional, las distintas normativas sobre derecho de familia persiguieron la protección jurídica de los fines intrínsecos que como institución posee: aspectos formales de celebración del matrimonio, régimen de filiación, patria potestad, adopción etcétera.

Es a partir del matrimonio que los individuos materializan los primeros pasos tendientes a conformar el núcleo humano que, al multiplicarse, dará origen y fundamento a la importancia que las leyes le atribuyen al grupo familiar, como base insustituible de la sociedad.

Al Estado le interesa la familia. La Constitución Nacional consagra, a modo de pilar, la protección integral de la misma. Es, por tanto, en este marco de plena libertad que aquellos individuos que reúnen los requisitos exigidos por las normas vigentes acuden ante el funcionario público que dará fe sobre el acto más trascendente que cada uno de nosotros asume en determinada altura de la vida: el matrimonio.

El interés público que rige en la materia es el que ha llevado al Estado a la creación de registros civiles que atiendan las demandas que, sobre este ítem, promuevan los particulares. Pero, como sucede con otras actividades estatales, el crecimiento demográfico y la disímil distribución de la población provocan cierta dilación en la conclusión de las diligencias que conducen a la sustanciación de trámites que tienen que ver con la registración de las distintas instancias que se presentan en la vida de cada individuo. Es decir, que lo que se pensó con sentido dinámico y ordenador fue derivando en burocracia palpable monopolizada por un Estado que no responde como es deseable en relación con las exigencias de la comunidad.

Este trabajo trata de analizar cómo se corresponden las figuras del oficial público designado por el Estado para tales fines y la del escribano público que, de prosperar este proyecto, incursionará en áreas hasta hoy reservadas a la esfera administrativa.

Los puntos que exponemos a continuación se refieren al aspecto jurisdiccional, formal, profesional y registral de la cuestión, como también a temas conexos vinculados con la validez resultante de la actuación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarial en materia matrimonial.

B. EL PROYECTO

Por intermedio de la diputada nacional señora Adelina Dalesio de Viola, se ha presentado un proyecto de ley que tiende a introducir, como art. 8° bis de la ley 23515, la celebración del casamiento por escritura pública.

El texto de la norma que se trata de incorporar es el siguiente: "Art. 8° bis: Podrá efectuarse el casamiento civil por acto otorgado por los contrayentes en escritura pública autorizada por el escribano del lugar, quien seguirá la preceptiva de la presente ley.

Podrá ser una misma la escritura de esponsales y la de matrimonio, siempre que estos actos guarden la debida cronología.

El escribano deberá tener a la vista un certificado, con no más de quince (15) días de vigencia, expedido por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, donde conste que no se han formulado oposiciones a la celebración del matrimonio.

Dentro de los treinta (30) días siguientes al acto de celebración, el escribano interviniente o en su defecto el reemplazante legal, deberá presentar testimonio del acto al Registro correspondiente, el que lo devolverá con nota de su inscripción." Antes de incursionar en el análisis de la norma, consideramos oportuno situar históricamente el alcance de la reforma.

C. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Durante la dominación española, la celebración del matrimonio estaba imbuida de un componente forzosamente religioso, derivado de la influencia canónica plasmada en las leyes de la Península.

El derecho canónico, por obra del Concilio Tridentino (Sess. 24, Cap. I, de reforma matrimonial), ordenaba que el párroco tuviese un libro en el cual se describiese "el nombre de los cónyuges, testigos, el día y el lugar del contrato matrimonial...". Es así que, desde España, se impusieron los registros parroquiales, cumpliendo los sacerdotes funciones equivalentes a las de un oficial público.

No obstante, la intervención del párroco era la de un testigo autorizado y sólo a comienzos del siglo XX, con el decreto Ne Temere, dado por el Papa Pío X, en 1907, se ordenó la intervención activa del sacerdote, con alcance universal.

Esta hegemonía eclesiástica perduró hasta pasada la primera mitad del siglo XIX. Sin embargo, los problemas suscitados por la regulación canónica fueron los originados por precariedad de las constancias en dichos libros y la desatención sobre los otros cultos, problemas que se vieron agravados en razón del proceso inmigratorio (especialmente europeo) en donde la heterogeneidad religiosa provocó inconvenientes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con la consagración de uniones de personas de distintos signos. Más allá de algún antecedente francés en materia de intervención notarial en relación con la celebración matrimonial(1)(2), no se pensaba legislativamente en la alternativa que otro funcionario que no fuera el párroco incursionara en la sustanciación del acto.

A pesar de ello, los primeros intentos en dirección a la consagración civil del matrimonio se remontan, en nuestro país, al año 1867, cuando la provincia de Santa Fe, mediante una ley sancionada por la Cámara de Representantes introdujo el matrimonio civil obligatorio, sin perjuicio de la celebración religiosa, ante funcionarios judiciales o municipales, con asistencia de testigos, autorizando en sede judicial el acto un escribano público.

La presencia del escribano encuentra remotos antecedentes en el decreto de Viamonte del 20 de diciembre de 1833, por el cual autorizaba a los disidentes a celebrar el matrimonio ante la autoridad eclesiástica de su confesión y un escribano designado por el gobierno(2)(3).

Vélez Sársfield, por su parte, se mostró contrario a convalidar uniones no pasadas ante la Iglesia. En su nota al art. 167 del Código Civil repudiaba la celebración ante un funcionario civil y definía como "un perpetuo concubinato" al casamiento llevado a cabo en estas condiciones.

El vacío legislativo dejado por nuestro codificador encontró en la ley 1565 una primera salvedad. Dicha norma creó el Registro Civil en Capital Federal y Territorios Nacionales, incorporando por primera vez la figura del oficial público en las diligencias pasadas por ante el Registro. Pero fue la ley 2393 (Matrimonio Civil) que expresamente estableció la intervención del oficial público como condición de existencia del matrimonio.

Esta norma rigió hasta nuestros días y fue ratificada en su esencia por la actual ley 23515.

Estos ordenamientos se refieren al oficial público como encargado del Registro Civil (ley 2393) y, dentro de la ley 23515, como autoridad competente y oficial público, alternativamente a lo largo de su articulado.

D. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO

Como decíamos en el apartado anterior, esta novedad legislativa se funda en la mención indistinta que hace la ley 23515 en torno a los conceptos de oficial público y autoridad competente, a fin de identificar cuál es el funcionario autorizado para celebrar el matrimonio.

Razones de urgencia, al decir de la misma ley, facultan a funcionarios Judiciales sin distinción de jerarquías, a actuar ante la ausencia del oficial público.

El proyecto que estamos comentando define al escribano como "el oficial público por excelencia". De modo que lo encuentra facultado para celebrar casamientos por escritura pública.

Asimismo, esta innovación persigue ampliar el campo de actuación que posee el notario en relación con cuestiones de derecho de familia, ya que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el mismo participa en los trámites de emancipación, partición de bienes relictos, convenciones matrimoniales, denuncias de nacimiento de menores mediante actas de reconocimiento de hijos, etcétera.

La intervención del escribano público en actas de reconocimientos de hijos equipara su función con la del oficial público, según se desprende del texto del art. 248 del Cód. Civil, en su inc. 2).

El alcance de la norma señalada ha merecido opiniones encontradas. Por un lado, la doctrina se inclina por entender que no bastaría la intervención del escribano público para obtener el emplazamiento, porque faltaría el adecuado control de legalidad que constituye materia exclusiva del oficial público encargado del Registro Civil(3)(4). Desde otra posición, se sostiene que el instrumento público no inscripto en el Registro Civil reviste el carácter de título de estado con alcance erga omnes(4)(5).

En cuanto a las convenciones matrimoniales "nada obsta de que sea uno mismo el instrumento que contenga la convención (preliminar) y la realización del matrimonio, siempre que ambos actos jurídicos guarden la debida cronología, como lo decían las Leyes de Partidas (ver nota al art. 1217, Cód. Civil)"(5)(6).

El casamiento por escritura pública, así planteado, consiste en la posibilidad de sustituir la figura del oficial público encargado del Registro Civil por la del escribano público, a opción de las partes interesadas.

Bastaría entonces con que el legislador agregue al art. 92 de la ley 23515 que se considera, a los efectos de la norma, "autoridad competente" y "oficial público" "al escribano que autorice una escritura de casamiento, la que podrá realizarse cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la ley..."(6)(7).

Lo dicho hasta aquí permite, asimismo, proyectar aún más el campo de acción del notario. Se ha planteado al respecto la posibilidad de intervenir en otros actos de la vida civil susceptibles de tratamiento registral, como lo son los nacimientos y defunciones por escritura pública(7)(8).

Para el caso de nacimientos, el escribano - previa presentación de certificado médico debidamente legalizado por el colegio profesional - otorgará escritura de nacimiento para su posterior inscripción.

Idéntico proceder permitiría intervenir en las defunciones, anexando el certificado médico legalizado a su protocolo y extendiendo escritura de defunción, que luego inscribirá.

En ambos casos, la intervención notarial abarca íntegramente la diligencia, no sólo incluyendo su inscripción en el Registro Civil, sino también alcanzando la eventual entrega del testimonio correspondiente o, en su defecto, certificados que lo reemplacen(8)(9).

E. PROCEDIMIENTO

Para ocurrir en sede notarial a efectos de contraer matrimonio, una de las partes deberá tener fijado domicilio dentro de la jurisdicción del escribano elegido. Este, una vez formulada la petición de los contrayentes, deberá

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gestionar un certificado ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas que acredite la habilidad nupcial de los futuros esposos. Dicha constancia tendrá vigencia por el término de 15 (quince) días, dentro de los cuales el escribano público deberá celebrar el acto.

En caso de formularse oposiciones, previo a la extensión del certificado aludido, las mismas deberán ser sustanciadas ante el Registro, sin perjuicio de las oposiciones que el escribano denuncie en relación con las que lleguen a su conocimiento, remitiendo los antecedentes a la sede administrativa.

En caso de no existir oposiciones o estando resueltas las mismas, el notario celebrará el acto matrimonial, respetando las modalidades dispuestas por el art. 188 del Cód. Civil, dirigidas al oficial público y extendidas - por analogía - al escribano público, en función de este proyecto.

Otorgada la escritura pública, ésta debe contener en nuestra opinión, además de los requisitos propios de toda actuación notarial, los específicos a la materia matrimonial consagrados en el art. 191 del Cód. Civil.

Celebrado el matrimonio, el escribano interviniente o su reemplazante legal presentarán testimonio del acto ante el Registro correspondiente a los fines de su inscripción. Una vez practicado el asiento, el testimonio será devuelto debidamente diligenciado. Esta instancia del procedimiento deberá ser concluida dentro de los 30 días siguientes al acto de celebración.

F. ASPECTOS "JURISDICCIONALES"

La norma estudiada establece que será el escribano del lugar quien otorgue la escritura pública de casamiento. Esto quiere decir que, al igual que en ocasión de celebrar otro tipo de actos, el notario debe obrar dentro de los límites de su demarcación.

Lo mismo sucede en materia judicial, cuando se prevén situaciones de ausencia del oficial público en sede administrativa, que permiten a magistrados o funcionarios menores, sin distinción de jerarquía, celebrar matrimonios levantando actas para su posterior protocolización. Es el caso contemplado en el art. 196 del Cód. Civil para quienes pretenden casarse hallándose, alguno de ellos, en peligro de muerte.

En doctrina se refleja una diferencia de matices en relación con el alcance del término jurisdicción. Dentro del ámbito estrictamente notarial, Pelosi sostiene que sólo los jueces tienen jurisdicción, mientras que los escribanos no la tienen(9)(10). Esto tiene importancia en razón de entender que la actuación de la justicia es dable en asuntos contenciosos que requieren el arbitrio de un tercero, para la mayoría de los casos que habitualmente se plantean.

Por lo tanto, en asuntos que sólo persiguen un pronunciamiento meramente declarativo, se suele sostener que existe una denominada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisdicción voluntaria, mediante la cual las partes interesadas acuden en busca de la consolidación de una situación, como el casamiento, que el Estado puede resolver en sede administrativa o notarial, sin intervención judicial.

De lo que se trata es de determinar si el escribano puede actuar en asuntos de interés público reservados a la Administración Central, sin que por ello los organismos existentes para tales fines se vean menoscabados en sus atribuciones, como podría suceder con las propiamente delegadas al Registro Civil.

Bollini sostiene que "hay autores que dan al juez y al notario un origen común, en el sentido de que, así como la actividad propia del notario es desprendimiento de la actividad jurisdiccional, así el notario es desprendimiento del juez"(10)(11).

Por lo tanto, el art. 196 del Cód. Civil, perfectamente puede ser extendido por analogía al terreno notarial, encontrando un nuevo fundamento para el progreso del proyecto en análisis.

En definitiva, en nuestro país "se viene abriendo paso la idea de desplazar las actividades judiciales donde no hay contienda entre partes, al notariado, con lo que se agilizaría notablemente la tarea de la justicia, al sustraer de lo jurisdiccional los actos no contenciosos"(11)(12).

Asimismo, la actividad que despliega el oficial público encargado del Registro Civil es de naturaleza administrativa. El Estado, de este modo, practica un adecuado control de legitimidad o legalidad(12)(13), Si éste es el objetivo básico de la imposición del funcionario público, es evidente que la intervención del escribano se presenta, en la llamada jurisdicción voluntaria, como parte del ejercicio de su "facultad fideifaciente... en su carácter de funcionario público"(13)(14).

Sobre este punto, la doctrina se muestra dividida en relación con la asimilación de las figuras de oficial público y escribano público. Se trata de precisar si la función pública delegada comunica al escribano la calidad de funcionario público o si, en cambio, se trata de un profesional que ejerce una función pública(14)(15).

Más allá de estas disquisiciones, pensamos que lo relevante es la autoridad fedante del escribano. Tanto los actos de éste como los otorgados por el oficial público merecen plena fe y, por tanto, el casamiento por escritura pública aparece como una opción viable para el sistema.

De modo que, siguiendo el razonamiento de Bielsa, cuando dice que la denominada jurisdicción voluntaria "no es tan voluntaria" porque "la ley está obligando a ir ante la justicia para... determinados asuntos", entendemos que en materia notarial tendríamos que hablar de intervención notarial y no "jurisdicción notarial", así como Bielsa habla de "intervención judicial y no jurisdicción voluntaria"(15)(16). Por ende, los contrayentes podrán ocurrir en busca de su fe matrimonial por mandato de ley, ante la sede notarial o administrativa, interpretando el fin perseguido por el proyecto que nos ocupa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

G. ITEM REGISTRAL. EFECTOS

Los autores de la iniciativa sugieren entregar a los esposos lo que denominan "título de casamiento", al igual que lo que se otorga en otro tipo de actuaciones, como puede ser en una operación inmobiliaria cuando se entrega título de propiedad. No descartan, asimismo, la instrumentación de una especie de minuta, en caso de que el Registro Civil optara por un sistema similar al de los protocolos notariales(16)(17).

El otorgamiento de la escritura pública emplazaría a los contrayentes en un nuevo estado de familia. La inscripción ordenada en el proyectado art. 8 bis in fine, entendemos que satisface fines de publicidad registral(17)(18).

Incluso, en materia de protocolización de matrimonios en peligro de muerte (art. 196, Cód. Civil), la misma "no integra la forma matrimonial, sino que es simplemente complementaria y regulariza la anotación. Con o sin protocolización, el matrimonio sería válido"(18)(19).

Para el procedimiento proyectado por la nueva norma en estudio, el Registro Civil actúa ejerciendo el control de legalidad apuntado anteriormente al expedir el certificado de habilidad nupcial de los contrayentes, luego de verificar la aptitud de los mismos. De modo que el acto notarial será constitutivo del estado de familia y al Registro Civil sólo le bastará inscribirlo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Endnotes

1 (Popup)

Especial para Revista del Notariado.

2 (Popup)

Belluscio, Augusto C., Derecho de familia, t. I, pág. 244. Ed. Depalma, Bs. As., 1985.

3 (Popup)

Belluscio, Augusto C., op. cit., pág. 246.

4 (Popup)

Zannoni, Eduardo, Derecho de familia, t. I, pág. 50 y ss. Ed. Astrea, Bs. As., 1981.

5 (Popup)

Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, t. II, pág. 142, Ed. Ediar, Bs. As., 1958; Belluscio, Augusto C., op. cit., pág. 49.

6 (Popup)

García Coni, Raúl R., Estipulación prenupcial, conyugal y posmatrimonial, XVIII Convención Notarial, Bs. As., set. 1989. El autor entiende que tales convenciones son prematrimoniales y no matrimoniales "pues las posteriores acarrear nulidad (art. 1219, Cód. Civil)". Colegio de Escribanos de Cap. Fed.

7 (Popup)

García Coni, Raúl R., op. cit. Finalmente dicha Convención formuló la siguiente propuesta de lege ferenda: "La celebración del matrimonio podrá realizarse por escritura pública, junto o separadamente con las convenciones promatrimoniales, siempre que los respectivos actos jurídicos guarden el orden cronológico que corresponda".

8 (Popup)

Hadis, Hugo Daniel, "Nacimientos y defunciones por escritura pública", en Rev. del Notariado N° 817, pág. 501, Bs. As.

9 (Popup)

Hadis, Hugo Daniel, op. cit., pág. 504.

10 (Popup)

Pelosi, Carlos A., El documento notarial, Ed. Astrea, Bs. As., 1987, pág. 132 y ss.

11 (Popup)

Bollini, Jorge A., Competencia del notario en la llamada jurisdicción voluntaria, Publicaciones del Instituto Argentino de Cultural Notarial, Bs. As., 1973, pág. 20.

12 (Popup)

Bollini, Jorge A., op. cit., pág. 27.

13 (Popup)

Zannoni, Eduardo, op. cit., pág. 167.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

14 (Popup)

Bollini, Jorge A., op. cit, pág. 27 "in fine".

15 (Popup)

Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil del escribano, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1984, pág. 6.

16 (Popup)

Pelosi, Carlos A., op. cit., pág. 132.

17 (Popup)

García Coni, Raúl y Olive, Rodolfo E., "Casamiento por escritura pública", Rev. del Notariado N° 815, pág. 1281.

18 (Popup)

Busso, Eduardo B., op. cit., pág. 142 y Belluscio A. C., op. cit. pág. 49.

19 (Popup)

Busso, Eduardo B., op. cit., pág. 141.