

HACIA UNA
NUEVA VISIÓN DE LA
FUNCIÓN NOTARIAL

EL NOTARIO COMO GARANTE DEL
PROYECTO DE VIDA DE LA PERSONA

Rosalía Mejía Rosasco

HACIA UNA
NUEVA VISIÓN DE LA
FUNCIÓN NOTARIAL

EL NOTARIO COMO GARANTE DEL
PROYECTO DE VIDA DE LA PERSONA



Primera edición, abril 2016

A quienes hacen realidad mi principal proyecto de vida:

Mi Familia:

Fernando, mi esposo y compañero

Mirella y Mariana, mis hijas, amigas solidarias

Joshua, mi nieto, quien renueva mi entusiasmo

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso del Autor.

© 2016, **Hacia una nueva visión de la función notarial: El notario como garante del proyecto de vida de la persona**

© 2016, Rosalía Mejía Rosasco

© 2016, Colegio de Notarios de Lima
Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima
Giussepe Garibaldi (ex Gregorio Escobedo) 339, Jesús María
fondoeditorial@notarios.org.pe
Telf.: 461-0016

Corrección de estilo: Mateo Díaz Choza
Diseño de portada: Guido Badoino

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-04098**

ISBN:

Tiraje: 1,000 ejemplares

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	17
<i>Introducción</i>	31

CAPÍTULO I Marco conceptual

1.1. Los derechos fundamentales	37
1.1.1. Recuento histórico.....	38
1.1.2. Dignidad	44
1.1.3. Autonomía.....	49
1.2. El proyecto de vida.....	53

CAPÍTULO II Concepto jurídico del proyecto de vida como derecho humano

2.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la creación de órganos regionales intergubernamentales	59
2.2. Convenios de protección de los derechos de la persona en estado vulnerable de la segunda mitad del siglo XX.....	65

2.2.1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer	65
2.2.2. La Convención sobre los Derechos del Niño	66
2.2.3. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	69
2.2.4. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos	72
2.3. La persona y la defensa de sus derechos en las Constituciones del Perú de finales del siglo XX.....	72
2.4. La protección al daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	77
2.4.1. Caso María Elena Loayza Tamayo	81
2.4.2. Caso Luis Alberto Cantoral Benavides	82
2.5. El lenguaje y el documento jurídico en relación al proyecto de vida	83

CAPÍTULO III
Función del notario
en la sociedad

3.1. Reseña histórica del notariado	88
3.2. Sistemas notariales.....	92
3.2.1. Notariado anglosajón.....	92
3.2.2. Notariado estatista.....	94
3.2.3. Notariado administrativo	95
3.2.4. Notariado latino.....	95

3.3. El notario latino frente a los derechos humanos	100
3.4. Función notarial desde una perspectiva económica	104
3.5. El notario latino: función de futuro.....	105

CAPÍTULO IV
El notariado en la legislación peruana:
recuento histórico

4.1. El notariado en el siglo XIX y el Código de Enjuiciamientos Civiles.....	108
4.2. Ley 1510: la primera Ley del Notariado del siglo XX	109
4.2.1. Definición y requisitos de acceso a la función notarial ..	110
4.2.2. Número clausus	111
4.2.3. Ejercicio de la función notarial.....	111
4.3. La regulación integral del notario y la función notarial a finales del siglo XX	112
4.3.1. Decreto Ley 22634.....	113
4.3.1.1. Acceso a la función	114
4.3.1.2. Incremento del número de notarios.....	114
4.3.1.3. Ejercicio de la función notarial	114
4.3.2. El Código de Ética del Notariado Peruano: Decreto Supremo 015-85-JUS	115
4.3.2.1. Principios que orientan la actuación del notario	116
4.3.2.2. Deberes del notario.....	116
4.3.2.3. Derechos del notario	117

4.3.2.4. Actos del notario que afectan su ética.....	118
4.3.3. Decreto Ley 26002.....	119
4.3.4. La competencia notarial en asuntos no contenciosos: Ley 26662.....	123
4.3.4.1. Asuntos no contenciosos de competencia notarial	124
4.3.4.2. Requisitos formales.....	126
4.3.4.3. Registro notarial de asuntos no contenciosos..	127
4.4. El Decreto Legislativo 1049	128
4.4.1. Normas que regulan la función notarial	130
4.4.2. Número de notarios	131
4.4.3. Acceso a la función.....	131
4.4.4. Nuevas obligaciones en el ejercicio de la función	133
4.4.5. Ejercicio de la función	133
4.4.6. Organización del notariado	136
4.4.7. Tribunal de Honor.....	136
4.4.8. Infracciones del notario.....	136

CAPÍTULO V

Función notarial en la ejecución del proyecto de vida de la persona

5.1. El notario garante del derecho a la identidad.....	140
5.1.1 Reconocimiento de hijos	140
5.1.2. Rectificación de nombre en el acta de certificación de nacimiento.....	141

5.1.3. El derecho a la identidad sexual	142
5.1.4. Cambio de nombre y cambio de sexo: marchas y contramarchas.....	145
5.1.4.1. Caso Karen Mañuca	145
5.1.4.2. Caso Naamin Timoyco	147
5.1.4.3. Caso Fiorella Vincenza	147
5.1.4.4. Caso P.E.M.M.	151
5.1.5. Legislación extranjera: cambio voluntario de nombre y de sexo como manifestación del derecho a la autodeterminación de la persona y su proyecto de vida.....	153
5.1.6. El cambio de nombre y cambio de sexo como un proceso no contencioso de competencia notarial.....	155
5.1.7. El derecho de identidad a partir de las técnicas de reproducción asistida.....	160
5.1.7.1. Caso 1: maternidad subrogada	164
5.1.7.2. Caso 2: adopción del hijo propio.....	166
5.1.8. Actuaciones notariales en la determinación de la paternidad	170
5.1.8.1. Caso 1	170
5.1.8.2. Caso 2	170
5.1.8.3. Caso 3	171
5.1.9 Casos prácticos de actuación notarial vinculados a la determinación de la identidad biológica.....	171
5.2. El notario como garante del derecho de los menores	173

5.2.1. Formalización de actos y declaraciones en beneficio del menor sin exigencia de minuta	174
5.2.2. Autorizaciones de viaje	175
5.2.2.1. Viaje fuera del país de niños o adolescentes que viajan solos o acompañados por uno de sus padres	176
5.2.2.2. Viaje del hijo con uno de los padres fallecido o reconocido por uno solo de ellos	177
5.2.2.3. Viaje de niño o adolescente que se realice dentro del país	178
5.2.3. Formalización notarial de la autorización de viaje de menor.....	179
5.2.4. Evolución de los derechos de los menores a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño	180
5.2.5. El derecho a la libertad de opinión del menor	182
5.3. El notario como garante del derecho de las personas con discapacidad	185
5.4. La incapacidad absoluta de las personas mayores de edad ...	187
5.4.1. La curatela: institución de amparo de la persona incapaz mayor de edad	189
5.4.2. La designación del propio curador	190
5.4.3. Formalidades de la designación del nombramiento de curador	199
5.4.3.1. Escritura pública	199
5.4.3.2. Testigos	200

5.4.3.3. Facultades	201
5.4.3.4. Inscripción en el registro de las personas naturales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)	205
5.5. El notario frente al derecho de las personas adultas a crear su propia familia.....	211
5.5.1. La familia matrimonial	212
5.5.2. Privatización de las relaciones jurídicas en el ámbito de la familia	215
5.5.3. Competencia notarial en la celebración del matrimonio	216
5.5.4. Intervención del notario en el régimen patrimonial del matrimonio	222
5.5.5. Protección del predio familiar: patrimonio familiar ...	224
5.6. Adopción de personas capaces.....	227
5.7. Separación convencional y divorcio ulterior en sede notarial	230
5.7.1. Matrimonio y divorcio como derechos constitucionales	230
5.7.2. Naturaleza jurídica del divorcio en la legislación.....	232
5.7.3. Competencia notarial en separación convencional y divorcio ulterior	233
5.7.4. Requisitos de procedencia respecto a los hijos.....	234
5.7.5. Requisitos de procedencia respecto a los bienes	235
5.7.6. Requisitos de la solicitud	235

5.7.7.	Anexos y documentos adjuntos de la solicitud	235
5.7.8.	Presunción de veracidad	236
5.7.9.	Trámite notarial.....	237
5.7.10.	Divorcio ulterior.....	238
5.7.11.	El divorcio notarial en la legislación comparada	239
	5.7.11.1. Divorcio notarial en Cuba.....	240
	5.7.11.2. Divorcio Express en Colombia	240
5.8.	Unión de hecho	241
5.8.1.	El reconocimiento jurídico de la unión de hecho	241
5.8.2.	Cese de la unión de hecho.....	245
5.8.3.	Competencia notarial en proceso de reconocimiento de unión de hecho	248
5.8.4.	Requisitos de la solicitud.....	248
5.8.5.	Publicidad.....	249
5.8.6.	Formalización e inscripción de la declaración de unión de hecho	249
5.8.7.	Relevancia del domicilio en el trámite de reconocimiento de unión de hecho	250
5.8.8.	Oposición al trámite	251
5.8.9.	Formalidades del cese de la unión de hecho	251
5.9.	Inventario	253
5.9.1.	Competencia notarial	253
5.9.2.	Requisitos de la solicitud.....	254
5.9.3.	Acta de inventario	254

5.9.4.	Oposición	256
5.9.5.	Desistimiento de oposición.....	257
5.10.	El notario: protagonista en el derecho de sucesiones.....	257
5.10.1.	El rol del notario en materia de sucesiones	258
5.10.2.	Derechos sucesorios entre los convivientes	259
5.10.3.	Testamento por escritura pública.....	263
5.10.4.	Estipulaciones no patrimoniales en testamento.....	264
5.10.5.	Formalidades del testamento por escritura pública.....	266
5.10.6.	Contenido del testamento por escritura pública	267
5.10.7.	Inscripción del testamento por escritura pública	268
5.10.8.	Comunicación al Colegio de Notarios	269
5.10.9.	Testamento cerrado.....	270
5.10.10.	Formalidades esenciales del testamento cerrado	270
5.10.11.	Inscripción del testamento cerrado	270
5.10.12.	Comprobación y protocolización del testamento cerrado.....	271
5.10.13.	Proceso no contencioso de comprobación de testamentos cerrados	271
5.10.14.	Requisitos de la solicitud.....	271
5.10.15.	Medios probatorios	272
5.10.16.	Proceso no contencioso de sucesión intestada.....	272
5.10.17.	Requisitos de la solicitud.....	273
5.10.18.	Notificaciones y publicación.....	273

5.10.19. Inclusión de otros herederos.....	274
5.10.20. Oposición al trámite de sucesión intestada	274
5.10.21. Protocolización de los actuados	274
5.10.22. Inscripción de la sucesión intestada	275
Conclusiones.....	277
Bibliografía	285

PRÓLOGO

Nos sorprende y satisface cada vez que tenemos entre manos un libro que es novedoso, que nos proporciona el placer intelectual de descubrir un aporte original sobre un tema aún inexplorado o insuficientemente tratado, que invita a la reflexión y al debate.

Por ello, la lectura del presente libro enriquece los conocimientos jurídicos, a través de los cuales vibran diversos aspectos de la vida actuante en sociedad, obligándonos a adoptar una actitud crítica, a veces cautelosa, frente a lo nuevo. Todo ello constituye un hecho estimulante que despierta nuestra curiosa e inquieta imaginación.

Lo descrito en los párrafos precedentes constituye la primera y fresca impresión que nos causa la lectura del volumen de Rosalía Mejía Rosasco, titulado *Hacia una nueva visión de la función notarial: el notario como garante del proyecto de vida de la persona*, el que tenemos la satisfacción de prologar.

Como consecuencia de lo anteriormente expresado nos complace coincidir con el parecer del destacado asesor de la tesis doctoral que origina el presente libro, el doctor Gunther Gonzales Barrón, cuando reconoce que la autora “asume sin temores, una materia compleja y poco explorada, que permite el desarrollo interdisciplinario con la filosofía, medicina y psicología, entre otras ciencias”. Es de alabar, por ello, la intrepidez intelectual de Rosalía

Mejía al ofrecernos nuevos derroteros en el rico y móvil pensamiento jurídico contemporáneo.

El doctor Omar Sar, objetante de la tesis, concuerda con la opinión antes vertida cuando sostiene que “en su opinión la tesis presentada por la graduada examina un tema novedoso desde una perspectiva original resultando un aporte significativo en diferentes ámbitos del universo jurídico”.

Cabe recordar que Rosalía Mejía no sólo es conocida en nuestro medio como una persona de indiscutido prestigio y calidad profesional, sino también como una investigadora que ha demostrado su honda vocación en el campo del derecho. Prueba de ello es su valioso primer libro *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad: la penúltima voluntad*. El libro se publicó en esta ciudad en el 2009. Creemos no equivocarnos al decir que es un trabajo pionero en nuestro medio sobre un tema de interés en relación con un aspecto relacionado con la protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

Coincidimos, en vinculación con lo anteriormente expuesto, con la autorizada opinión del prologuista de dicha primera obra de la autora, Javier de Belaunde López de Romaña, cuando manifiesta que ella versa “sobre un tema totalmente novedoso en nuestro medio”. Y agrega, refiriéndose al mencionado libro, “que sabía de antemano que estaba ante un trabajo de calidad, pero no pude intuir suficientemente hasta leerlo, el interés que suscita la problemática que aborda con tanta información, el análisis y las discusiones que plantea con honestidad y la propuesta legislativa en la cual concreta su investigación”.

El presente libro, como lo comprobará el acucioso lector que se asome a sus páginas, corrobora todo lo expresado en precedencia sobre el trabajo de investigación que nos ocupa. Se trata, como está

dicho, de un novedoso aporte que amplía y enriquece la bibliografía jurídica nacional en la materia de la cual trata y que, al mismo tiempo, incita a continuar desarrollando, ahondando y debatiendo en torno a la propuesta de la doctora Rosalía Mejía.

El propósito central y relevante del libro es mostrar cómo y por qué la función notarial está destinada a ser garante y aseguradora no sólo de los aspectos meramente patrimoniales de las personas, sino, sobre todo, de lo relacionado con su “proyecto de vida”, en cuanto libertad actuante en el mundo exterior y, consecuentemente, de los derechos fundamentales de la persona.

Lo expuesto en esta obra se halla debidamente sustentado tanto doctrinariamente, ya sea a nivel comparado como nacional, en la legislación y la jurisprudencia.

La autora, luego de referirse a los derechos fundamentales del ser humano, se concentra en desentrañar el significado y alcances del “proyecto de vida” en cuanto es la temática asegurada por la función notarial. En este sentido, sostiene que el “proyecto de vida” “es el diseño que realiza cada persona respecto de su existencia, a partir del reconocimiento de sí mismo como un ser temporal”. Es así, nos dice, que la persona a lo largo de su vida crea diversos tipos de proyectos para desarrollar cada una de sus actividades, las que son evaluadas y rediseñadas constantemente porque la existencia humana no es estática sino dinámica, variable.

El “proyecto de vida” es, sin duda alguna, un aspecto básico e insoslayable en cuanto se refiere al conocimiento y a la actividad existencial del ser humano. El “proyecto de vida” encuentra sus raíces en la cantera filosófica, pasando luego a establecerse en el amplio campo de las ciencias humanas y, dentro de ellas, en el derecho. Son valiosos pero escasos los autores que en el inmediato pasado se han

ocupado del significado y alcances del “proyecto de vida”, entendido como la libertad constitutiva del ser humano que se hace presente en el mundo exterior, como producto de una decisión subjetiva, a través de actos y conductas.

Entre dichos autores recordamos a filósofos de la talla de Sartre, Zubiri, Jaspers y Julián Marías, algunas de cuyas obras leímos con avidez siendo estudiantes en la antigua Facultad de Letras de la Universidad de San Marcos, entre los años de 1943 y 1947. Dichos solventes pensadores, creadores con algunos otros, como Heidegger y Marcel, de la escuela de la filosofía de la existencia, nos proporcionaron en su momento una nueva visión y comprensión de la estructura existencial del ser humano diferente a la que era conocida hasta el nivel histórico en el cual nos hallábamos en nuestra primera juventud.

Los filósofos de la escuela de la existencia nos presentaron al ser humano ya no como “una sustancia indivisa de naturaleza racional”, como lo consideraba Boecio en el siglo VI d.C., sino como un ser ontológicamente libre, a la vez coexistencial y temporal. La libertad, en cuanto *ser* del hombre, se proyecta en el mundo exterior donde se manifiesta mediante ininterrumpidos, continuos y sucesivos “proyectos”, siendo el “proyecto de vida” el principal dentro de ellos. Los proyectos están destinados a cumplir, directa o indirectamente, con el proyecto de vida.

Sartre considera que la libertad, que es nuestro *ser*, se hace *acto* en el mundo exterior, siendo el acto la expresión visible y actuante de la libertad. De ahí que afirme que el ser libre, que somos, “es aquel que puede realizar sus proyectos”⁽¹⁾. Se trata

(1) Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Ibero-Americana, p. 81.

de aquel ser capaz de decidir por sí mismo sobre sus actos y conductas, incluyendo aquella que define la meta y aspiraciones de nuestra existencia. En palabras del filósofo francés la persona humana “es un existente que descubre su libertad por sus actos”⁽²⁾. Es decir, aquel que descubre su libertad *ontológica* a través de los actos que la ponen de manifiesto. A esta libertad actuante la hemos designado como *fenoménica*.

El filósofo español Xavier Zubiri complementa el pensamiento sartriano cuando expresa que los actos del hombre, a diferencia del de los animales, “no son reacciones sino proyectos”⁽³⁾. Sólo el ser humano, por ser ontológicamente libre, es capaz de proyectar su libertad al mundo exterior mediante sus actos y conductas.

El filósofo alemán Karl Jaspers precisa que el “proyecto de vida” –que es el más importante de los proyectos que asume el ser humano– es aquel que el hombre, consciente de su libertad, “quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser”⁽⁴⁾. El “querer llegar a ser” o el “querer ser” es aquello en que consiste el “proyecto de vida”. El “proyecto de vida” es el que otorga sentido a la existencia, es su razón de ser.

En 1950 en el trabajo que presentamos ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos para graduarnos de Bachiller en Derecho, titulado *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, tratamos repetidas veces del “proyecto de vida”. Esta tesis estuvo inédita por espacio de 37 años, publicándose en 1987 bajo el nombre de *El derecho como libertad*⁽⁵⁾.

(2) Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, ob. cit., p. 18.

(3) Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Buenos Aires, Editorial Poblet, 1948, p. 342.

(4) Jaspers, Karl, *La fe filosófica*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1968, p. 60.

(5) En el año 2006 se publica en Lima la tercera edición completa por Ara editores.

En *el Derecho como libertad* que, como está dicho, es la versión en libro de nuestra tesis de Bachiller en Derecho del año 1950, decíamos que el ser humano para realizarse como ser libre, decide, consciente o inconscientemente, un proyecto de vida que es la forma de vivir su libertad, otorgándole razón de ser a su existencia. En este sentido escribíamos que “vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”⁽⁶⁾. La libertad, como proyecto, es lo que el ser humano decide hacer “con” y “en su vida”. En síntesis, decíamos, que “El hombre es libertad que se proyecta”⁽⁷⁾.

Nos preguntábamos, en aquel libro de estudiante, “Libertad, ¿para qué?” Y nos respondíamos: “Para vivir, para escoger; para hacer nuestra vida – que es lucha o es pacto con el mundo– de acuerdo a fines, a valores que escogemos gracias a aquella libertad”⁽⁸⁾. Es aquí donde la libertad requiere del mundo del espíritu, el de los valores, que son guías maestras de nuestro quehacer vital, orientadores de nuestra existencia.

En un reciente trabajo titulado *Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica*⁽⁹⁾, nos referimos a muchos aspectos de lo

(6) Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, Lima, tercera edición, Ara editores, 2006, p. 112.

(7) Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, ob. cit., p. 114.

(8) Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, ob. cit., p. 153.

(9) Fernández Sessarego, Carlos, *Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica*, en el libro “La filosofía como repensar y replantear la tradición”, Libro Homenaje a David Sobrevilla, Lima. Universidad Ricardo Palma, 2011; “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, Buenos Aires, “La Ley”, año XV, n° 4, abril del 2013; en “Gaceta Civil & Procesal Civil”, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 5, Lima, noviembre del 2013; en “Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014; en “Iuris Omnes”, Arequipa, Vol. XV, Revista de la Corte Superior de Arequipa, 2013; en “Anuario de la Facultad de Derecho” de la Universidad de Extremadura, N° 30, 2012-2013, Cáceres (Esp.); en “Advocatus”, N° 28, Lima, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2014; en “Revista de Derecho de la Universidad César Vallejo”, n° 2, Trujillo, Universidad César Vallejo, 2013.

que concierne al “proyecto de vida”, como su concepto, su fundamento, sus alcances, los requerimientos para su cumplimiento, su relación con los sucesivos proyectos que realizamos cotidianamente, el ordenamiento final de estos múltiples proyectos, los tipos de daño que se le causan y demás particularidades de dicha básica institución. Constituye una síntesis de nuestro pensamiento sobre el “proyecto de vida”.

En los años ochenta del siglo pasado advertimos que la libertad fenoménica, es decir, la libertad vertida hacia el mundo exterior a través de actos o conductas, podía ser motivo de daño. Nació así la figura del “daño al proyecto de vida”, la misma que se halla actualmente consolidada a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina, publicación de diversos libros y ensayos en diversos países, la jurisprudencia comparada y su incorporación legislativa.

Un amplio sector de la doctrina reconoce, no obstante su reciente aparición en el escenario jurídico contemporáneo, la existencia del “proyecto de vida” y su necesidad de protección en cuanto es libertad que se manifiesta en el mundo exterior a través de actos y conductas. En Francia, por ejemplo, se le encuentra ampliamente desarrollado en el ejemplar monográfico de la *Revue Française du dommage corporel*, tomo 39-2013-N° 3 del 2003. También en Francia se le halla en la Ley N° 2005, del 11 de febrero del 2005, sobre los derechos de los discapacitados o en la Argentina en el artículo 1738° de su reciente Código Civil y Comercial del 2014.

En el Perú, el “proyecto de vida” se encuentra presente en el artículo 1985° a través del “daño a la persona”. Ello en cuanto el “daño al proyecto de vida” constituye el más importante y notorio daño que se puede producir a la persona –salvo aquel que la priva de su vida– en cuanto significa la pérdida del sentido o razón de ser de su vida.

Un interés relevante propio del ser humano consiste, según Rosalía Mejía, en asegurar el ejercicio del derecho de autonomía, que le es propio en cuanto ser ontológicamente libre, a fin de expresar su voluntad de modo que los terceros puedan conocerla y respetarla.

La autora sostiene que la función notarial no sólo está dedicada exclusivamente a los aspectos comerciales de contenido patrimonial, sino que también ejerce facultades que le permiten asegurar el respeto de los derechos fundamentales de la persona, como es el caso del derecho a la libertad y al “proyecto de vida” como su viviente expresión en el mundo exterior.

Para corroborar su aserto, Rosalía Mejía analiza algunos de los principales actos de la vida privada de las personas y de su ámbito familiar de carácter no patrimonial en los que interviene el notario a fin de constituirse en su garante. La autora cita, como ejemplo, diversos casos vinculados con el derecho a la identidad, los derechos de los menores, los derechos de las personas con discapacidad y con los derechos familiares y sucesorios, entre otros.

La identidad es, sin duda, uno de los derechos fundamentales de la persona en el que la acción del notario resulta relevante en cuanto a otorgar su necesaria garantía. Entre los derechos a la identidad personal existe uno que resulta importante y es el que concierne a la identidad del hijo extramatrimonial cuya constancia de reconocimiento, según lo dispone el artículo 390° del Código Civil, puede efectuarse, aparte del registro de nacimientos, mediante escritura pública o testamento cerrado, ambos de competencia del notario. En manos del notario, a través de una escritura pública o el testamento, queda la garantía referente a la identidad del hijo habido fuera del matrimonio. En este mismo sentido, el notario presta facilidades en lo que atañe a

la determinación genética mediante su intervención en el proceso de constatación del ADN.

El caso citado en el párrafo anterior es demostrativo de la importancia de la función notarial en cuanto a garantizar la identidad personal, uno de los derechos fundamentales del ser humano protegidos en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución peruana de 1993. Esta Carta Magna, cabe señalarlo, es la primera que incorpora el derecho a la identidad entre los derechos humanos fundamentales de la persona al lado de la vida y de la libertad. Sólo la Constitución de Portugal protege la identidad, pero dentro del reducido significado de “identificación” en cuanto elemento estático de la identidad, desconociendo la identidad dinámica propia del ser humano en cuanto ente libre y temporal.

Cuando se elaboraba el Código Civil de 1984, llegados al tema nombre, pretendimos en cuanto ponentes del Libro Primero que se protegiera el derecho a la identidad en la medida que el nombre es uno de sus más importantes elementos constitutivos. Lamentablemente ello no fue posible pues ningún otro código civil del mundo lo consideraba en su texto. El derecho a la identidad era prácticamente un derecho desconocido hasta años recientes.

Otra función en la cual el notario asumió competencia en cuanto a asuntos no contenciosos es la que se refiere a los problemas de identidad que se generan por errores u omisiones en las partidas como las de nacimiento, matrimonio y defunción de la persona. No es infrecuente que los registradores cometan a menudo errores u omisiones en la transcripción de los nombres de la persona que interviene en el acto de inscripción. Estos errores conllevan en unos casos a la negación de los derechos sucesorios de los hijos o del cónyuge al no aparecer su nombre completo o al haberse inscrito con errores.

Hasta la década de los años noventa del siglo pasado, cuando se desconocía la importancia de la naturaleza y alcances de la identidad personal, estos simples casos jurídicos de errores u omisiones en el nombre se tramitaban en la vía judicial y la demora en cuanto a su resolución era de aproximadamente un año. En los últimos tiempos, a través del desarrollo en el estudio de este derecho, sabemos que el nombre no agota la noción jurídica de identidad de la persona, que es una noción mucho más rica y completa, por lo que la identidad personal se puede probar a través de otro u otros elementos que constituyen este derecho.

Los problemas de identidad antes referidos se resuelven en la actualidad en sede notarial mediante un proceso no contencioso. En breve plazo, concluido este rápido proceso, se produce el mandato de modificación de la inscripción en el Registro Nacional de Identidad (RENIEC) del acta correspondiente al nacimiento, matrimonio o fallecimiento de la persona.

Para resolver el problema de identidad, que da lugar a la rectificación de partidas a causa de errores u omisiones en cuanto al nombre, cabe recordar que durante el proceso de redacción del Código Civil que hoy nos rige, propusimos incorporar dos párrafos al texto del artículo 19° sobre el nombre. Uno de ellos estaba destinado a resolver el problema de aquellos casos de nombres erróneos u omisiones sin necesidad de acudir a un largo y tedioso procedimiento judicial. La propuesta fue desestimada por la Comisión que venía elaborando un conjunto de enmiendas al texto del Código Civil y que iniciara sus trabajos en 1995, las que no han sido tomadas en consideración por nuestros legisladores a pesar del tiempo transcurrido.

Entre fines de 1997 e inicios de 1998, con el fresco conocimiento en nuestro medio de los alcances del concepto jurídico de identidad,

la Comisión en referencia aprobó la mencionada propuesta en los siguientes términos: “El que alguno o algunos de los prenombrados o apellidos aparezcan escritos de manera errónea, distinta o incompleta en un documento, no afecta la identidad de la persona si es que ésta la puede probar, inequívocamente, por otros medios”.

Felizmente, mediante el artículo 15° de la Ley 26662, de 22 de setiembre de 1996, se resolvió parcialmente el problema al otorgarse a los notarios competencia para tramitar los asuntos contenciosos que tengan por finalidad “corregir los errores y omisiones de nombres, apellidos, fecha de matrimonio, defunción u otros que resulten evidentes del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios”. Como se desprende del texto transcrito el error tiene que ser evidente por lo que el notario carece de competencia, como lo señala el propio artículo, “para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente”. Es esta otra función notarial a través de la cual se asegura la identidad de las personas y, como consecuencia, todos sus sucesivos proyectos de vida que conducen a la configuración del único y singular “proyecto de vida”.

El lector descubrirá en el libro numerosos otros acontecimientos en los cuales la presencia del notario asegura que ellos van conformando el “proyecto de vida” de la persona en cuanto ser ontológicamente libre y creativo. Así, encontramos diversos actos y contratos dirigidos a la protección de los menores. Entre ellos puede considerarse el nombramiento de tutor o curador, en esos casos puede hacerse mediante escritura pública, o el reconocimiento de hijos y aquellos otros actos como los referidos a la autorización del matrimonio de menores de edad, otorgada por quienes ejercen la patria potestad o a la autorización de viaje de menores al interior o exterior del país.

Cabe señalar la competencia del notario para asegurar el nombramiento de curador en ciertas específicas situaciones como en el caso en el cual el adulto mayor lo designa en forma anticipada estableciendo sus facultades, así como a rechazar en forma anticipada la designación como curador de una determinada persona.

La participación del notario como garante de los diversos proyectos que el hombre cotidianamente realiza, encaminados todos, directa o indirectamente, a la consecución del genérico “proyecto de vida”, es significativa e imprescindible en lo que concierne a la conformación de la familia. En este sentido, el notario interviene en la separación de patrimonios, el que puede efectuarse antes o después del matrimonio. Son muchas otras actividades familiares en las que se requiere la presencia del notario, las que están referidas y comentadas por la autora a través de las siguientes páginas. Baste recordar al efecto, su participación en el reconocimiento de la unión de hecho, en la separación convencional y ulterior divorcio, en la protección del patrimonio familiar o en la factura de inventarios, por ejemplo.

Nadie desconoce la vinculación del notario en materia de sucesiones. Es el caso del testamento por escritura pública o la recepción y comprobación del testamento cerrado. En los últimos tiempos se encuentra capacitado para tramitar, como asunto no contencioso, la sucesión intestada que anteriormente era un caso de exclusiva competencia judicial. Esta decisión ha contribuido a reducir notablemente el tiempo de duración de este proceso.

En las páginas del documentado trabajo que nos ofrece Rosalía Mejía, al mismo tiempo que nos ilustra en el caso de cada una de las actividades en las cuales hallamos la presencia del notario en su cumplimiento de su importante misión de garante de los derechos

fundamentales de la persona en el ámbito privado, así como del proyecto de vida, formula oportunas y acertadas propuestas tendentes a la ampliación de la función notarial a diversas otras situaciones en las que se requiere su presencia. Como lo sostiene en apoyo de su posición, algunas de sus propuestas funcionan exitosamente a nivel del derecho comparado.

Por todo lo manifestado en estas cuartillas debemos reconocer, en esta para nosotros grata oportunidad, la sólida y documentada contribución de la autora, a través del presente libro, en lo tocante a la fundamentación de su propuesta central destinada a mostrar cómo la función notarial es garante del proyecto de vida de las personas.

Al mismo tiempo, cabe destacar y elogiar la tarea de la autora por su novedosa contribución en el campo doctrinario, legislativo y jurisprudencial en cuanto a la exposición y análisis de cada una de las situaciones de la existencia humana en las que se hace presente la función del notario como garante de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito privado así como de su “proyecto de vida”.

Nos corresponde en esta feliz ocasión, por todo lo expuesto a través de las páginas de este prólogo, felicitar cálidamente a Rosalía Mejía por este nuevo valioso aporte a la bibliografía jurídica nacional, el que se hace realidad en la edición del presente libro. Su lectura nos ha sido de enorme utilidad en la ampliación de nuestros conocimientos en esta importante área del Derecho centrada en el “proyecto de vida” y la función notarial, razón por la cual recomendamos a los amantes y a los interesados en la disciplina jurídica asomarse a sus páginas en búsqueda de nuevos horizontes que enriquecerán su bagaje jurídico.

Auguramos que la vocación de investigadora de Rosalía Mejía, ampliamente demostrada con sus dos libros hasta ahora producidos,

nos ha de deparar en el futuro otras novedosas obras que susciten en nosotros nuevas satisfacciones, como la que hemos disfrutado con la lectura de sus obras, en tanto somos entusiastas y permanentes estudiantes de Derecho.

INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas del siglo XX se han caracterizado por una enorme revalorización de los derechos fundamentales de la persona, principalmente los derechos de la libertad, la igualdad, la no discriminación y el reconocimiento del proyecto de vida como el diseño de cada persona para el desarrollo de su existencia. Estos son los pilares que encontramos presentes en las últimas convenciones internacionales, así como en las sentencias de los tribunales constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, determinar cuál es el proyecto de vida de la persona, luego de ocurrido cualquier evento que lo interrumpa o impida su ejecución, se constituye aún como un aspecto problemático. En un mundo jurídico de origen romano-germano, sustentado en la prueba documental, el instrumento que contiene la declaración de la persona, respecto al proyecto diseñado de su propia vida, resulta indispensable para evitar el atropello de sus derechos fundamentales. Si se acepta que la tendencia del Derecho moderno rehúye los modelos excesivamente tuitivos y, en cambio, sustentado en el derecho de la autonomía de la persona, promueve que sea esta la que determine por sí misma las decisiones más trascendentales de su vida, debe convenirse, del mismo modo, que la actuación del notario es relevante y fundamental.

El notario es el profesional del Derecho que recibe, en forma directa y sin intermediaciones, la expresión de la voluntad de las

personas en el ámbito del ejercicio de la libertad, lo que permite a cada individuo reconocer sus propios deseos y expresar sus opciones. Sin embargo, para hacerlas efectivas frente a la sociedad y al Estado, se requiere que el notario les dé la forma legal correspondiente, la cual permita la ejecución de su proyecto de vida sin interferencia alguna. El notario está idealmente situado en su condición de profesional imparcial, conocedor del Derecho, asesor, orientador de la legalidad, además de sus funciones clásicas de redactor, formalizador y conservador del documento, con el fin de asegurar un mínimo estándar de seguridad en las relaciones personales que finalmente repercuten en toda la sociedad.

La función del notario es pública, si bien se ejerce en forma privada. En nuestra legislación, se encuentra regulada en normas específicas: el Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado; el Código de Ética; y la Ley 26662, que regula la Competencia Notarial en asuntos no contenciosos. Del mismo modo, en otras disposiciones legales de carácter general o referidas a otras materias, se establecen algunas funciones del notario, como es el caso del Código Civil, la Ley General de Sociedades, la Ley de Títulos Valores, el Código de los Niños y el Adolescente, o las disposiciones de carácter tributario y de la Superintendencia de Banca y Seguros, entre otras normas.

En el ejercicio de mi función como notaria de Lima, he podido reconocer el estrecho vínculo de confianza que establece el ciudadano, quien acude en búsqueda del asesoramiento que le permita adecuar su voluntad a la legalidad. El notario es el depositario de las necesidades íntimas de la persona, pues recibe información de las relaciones familiares y de índole personalísima, además de las contractuales, comerciales o exclusivamente patrimoniales. Sin embargo, la

legislación civil y notarial no reconoce expresamente el íntegro de la función notarial en el ámbito de los derechos de la persona y de la familia, temas que hoy en día resultan trascendentales y que no han sido contemplados por el legislador, como lo evidencia el hecho de no haber logrado la promulgación de un Código de Familia en el Perú. A pesar de ello, no puede negarse que en las últimas dos décadas se han presentado cambios importantes en la regulación de las principales instituciones familiares. El reconocimiento de los derechos de las parejas que conforman la unión de hecho o convivencia legal, que hoy día incluyen derechos sucesorios semejantes a los cónyuges, la igualdad de los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, el reconocimiento de la tenencia compartida de los hijos menores, la separación convencional y el divorcio ulterior de competencia notarial, la aceptación de pruebas genéticas en el reconocimiento de la paternidad, entre otros, son cambios profundos a las prioridades legislativas que sin duda han transformado las relaciones familiares.

El objetivo de la presente investigación es poner en relieve la función que cumple el notario como garante de la autonomía de la persona en la determinación y ejecución de su proyecto de vida. Este trabajo se justifica por la necesidad de adecuar la legislación notarial a las funciones que efectivamente cumple el notario ante el requerimiento de las personas que acuden ante él. La función notarial no se reduce al ámbito patrimonial, sino que también colabora con obtener una mejor calidad de vida, amén de paz, armonía y bienestar familiar, lo que repercute necesariamente en la sociedad en general.

A lo largo de la investigación, se plantea como hipótesis general que el notario sí asume un rol activo como garante del proyecto de vida de la persona. No obstante, se sostiene que la legislación vigente, en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales de

la persona, no se encuentra adecuada a los principios reconocidos en los Convenios internacionales ratificados por el Perú. Ello no ha impedido que las sentencias del Tribunal Constitucional tiendan a reconocer el derecho de la persona, en cualquier estado en que se encuentre, de ejercer su autonomía en el ámbito personal y familiar, lo que impone al Estado y a la sociedad la obligación de ofrecer las máximas garantías de su cumplimiento.

En cuanto a sus métodos y diseño, este trabajo está planteado como una investigación no experimental de enfoque cualitativo que no manipulará ninguna variable. Es una investigación descriptiva explicativa que identifica las incongruencias y vacíos de la legislación respecto al ejercicio de la función notarial.

Respecto a su estructura, el esquema elegido se basa en el desarrollo de los cinco pilares que sustentan la investigación: los derechos fundamentales de la persona, el proyecto de vida como derecho humano, la función del notario en la sociedad en general, el notariado en el Perú y la función notarial en la ejecución del proyecto de vida de la persona. Cada uno de estos temas corresponde con cada uno de los capítulos del libro, en el orden en que han sido mencionados.

En el primer capítulo, se realiza un recuento histórico del origen de los derechos fundamentales. Además, se ha profundizado en los conceptos de dignidad y autonomía, ejes claves para la articulación de nuestro planteamiento. El segundo capítulo desarrolla el concepto jurídico del proyecto de vida como derecho humano. Para tal efecto, se han revisado las principales convenciones que han modificado los Derechos de las Personas en los últimos años. Se analizan también la Convención Americana de los Derechos Humanos y la creación de Órganos Regionales Intergubernamentales, así como la persona y

la defensa de sus derechos en las Constituciones del Perú de finales del siglo XX. Finalmente, en este mismo capítulo se cotejan dos resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las cuales se recogió, interpretó y desarrolló la noción de proyecto de vida, con lo que esta se incorporó como concepto jurídico. El tercer capítulo realiza una reseña histórica del notariado en la humanidad y desarrolla sus diferentes tipos, particularmente el sistema del notariado latino, al cual se encuentra adscrito el notariado peruano. Dicho capítulo enfatiza el vínculo del notario latino con la defensa de los derechos humanos y resalta la función notarial desde una perspectiva económica. El cuarto capítulo se concentra en la historia del notariado a partir de los inicios de la República del Perú. Para ello, expone y analiza las modificaciones de la legislación notarial, en las que se establece su función, competencia y jurisdicción. Por último, el quinto capítulo describe el ejercicio de la función del notario en el Perú, vinculado a los derechos fundamentales de la persona. Especialmente, se enfatiza la forma en que el notario se constituye como el garante del proyecto de vida de la persona. Ha sido nuestro interés mostrar los diferentes actos y contratos que aseguren, en la vida privada y familiar de la persona, el cumplimiento y ejecución de su voluntad. Nos referimos, entre otros, al reconocimiento de un hijo, la disposición de sus órganos, la afectación de su patrimonio, el régimen patrimonial dentro del matrimonio, la voluntad de asumir una relación de Unión de Hecho, la disposición de sus bienes para después de su muerte, la separación convencional, el divorcio ulterior y el inventario de sus bienes.

La principal motivación de las reflexiones que forman la base de el presente trabajo ha sido mi experiencia en la función notarial. Esta me ha proveído de diversos y valiosos casos prácticos, los cuales han sido incluidos en la investigación, evidentemente obviándose la

mención de nombres y presentando el tema de manera tal que no se pueda identificar a los personajes. Otra fuente importante de consulta han sido las ponencias en los Congresos Internacionales y otros eventos relacionados con los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional, el Derecho de Familia y Sucesiones, y muy especialmente los eventos organizados por la Unión del Notariado Latino, en los que, desde los cinco continentes, los notarios hemos compartido experiencias y reflexiones respecto a la vigencia e importancia de la función notarial.

CAPÍTULO I

Marco conceptual

En el presente capítulo, se desarrollará el marco conceptual que sirve de guía a la investigación. Se hará un recuento histórico de los derechos fundamentales, para luego precisar aquellos más relacionados con nuestro tema: el principio de la dignidad y el derecho de la autonomía. Luego, se definirá el concepto de vida y se precisarán sus diversos alcances.

1.1. Los derechos fundamentales

Resulta indispensable que toda reflexión que afecte a la persona sea abordada a partir del desarrollo y estado actual de los derechos fundamentales, los que han sido objeto de una profunda transformación, evolución y expansión en los últimos años. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789 y proclamada bajo la influencia de la doctrina de los derechos naturales, se han producido las más significativas transformaciones históricas del proceso evolutivo del constitucionalismo y la posición de la persona en el sistema jurídico en general. Se puede señalar como punto de quiebre de este desarrollo el fin de la Segunda Guerra Mundial, hito fundamental que dividió el pasado y la proyección

en el futuro de los derechos de la persona frente al Estado y en su interacción en la sociedad.

1.1.1. Recuento histórico

A partir de la Constitución Alemana, denominada “Ley Fundamental” o “Ley Básica”, promulgada en Bonn el 8 de mayo de 1949⁽¹⁾, las constituciones modernas establecen en forma privilegiada un listado de los derechos fundamentales que aparecen como principios orientadores del sistema jurídico. Estos ostentan la calidad de mandato imperativo para los ciudadanos en general y, especialmente, para todos los poderes del Estado.

En el siglo XX, se produjeron violaciones generalizadas de los derechos humanos, especialmente en los gobiernos totalitarios y en el nacionalsocialismo. El conocimiento de las atrocidades cometidas contra la persona durante dicho conflicto armado motivó que se buscara la incorporación en la legislación internacional y nacional de los derechos humanos, así como el compromiso a todo nivel de salvaguardarlos para evitar la repetición de tales vejámenes. La magnitud del genocidio, absurdamente justificado por cuestiones de raza y religión, fue una cruenta demostración del ejercicio del poder descontrolado de los gobernantes, quienes llegaron a desconocer la dignidad humana.

Conforme lo reconoce el preámbulo de la Constitución de la Unesco, aprobada el 16 de noviembre de 1945, “la grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el

(1) Este fue un documento promovido por franceses, británicos y estadounidenses que tuvo como objetivo evitar la reiteración de los atropellos a los derechos de la persona acaecidos en la Segunda Guerra Mundial.

respeto mutuo de los hombres”. En esta declaración se expresan los tres principios que, a partir de este documento, configuran el eje de desarrollo de los derechos fundamentales en los documentos internacionales, en las constituciones y en la legislación interna: la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres. A partir de ese hito, no es posible aceptar situación alguna en la que se desconozcan tales principios, ya que tanto el Estado como los ciudadanos en general están obligados a reconocerlos frente a cualquier circunstancia.

En este contexto surge la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En dicho documento, los derechos humanos adquieren un carácter jurídico de norma positiva del Derecho Internacional, sustentados en la dignidad.

El preámbulo de la Declaración manifiesta lo siguiente: “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. De modo congruente con los principios establecidos en el preámbulo, declara los siguientes derechos civiles: a la igualdad, a la no discriminación, a la vida, a la libertad, a la seguridad, al reconocimiento de su personalidad, a contraer matrimonio y fundar una familia (así como a su disolución), a la protección de la familia por parte de la sociedad y el Estado, a la propiedad, y al desarrollo libre y pleno de su personalidad. Establece que solo se puede limitar a la persona al ejercicio de sus derechos y disfrute de sus libertades con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los mismos en los demás, así como de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.

Por lo tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye el primer documento que consagra la protección de los derechos fundamentales de todas las personas frente al poder de los Estados. No obstante, la Asamblea General de Naciones Unidas obtuvo su aprobación a través de un consenso obtenido con mucha dificultad, ya que algunos Estados no apoyaron la propuesta. El objeto de la Declaración, según lo declara expresamente, era proclamar un ideal común “por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades”.

Aunque se ha discutido en doctrina sobre su valor jurídico, la invocación efectiva del contenido de la Declaración ha servido de sustento para resolver cualquier acto de amenaza, atropello, violación o restricción de los derechos consagrados en ella. Si bien el documento no tiene por sí mismo efectos de coacción, ya que los Estados que lo han suscrito y ratificado se someten a cumplir sus preceptos de buena voluntad, ha promovido –y así los posteriores documentos internacionales de similar categoría– la consolidación de una noción colectiva de la protección de los derechos humanos. Del mismo modo, ha impulsado la búsqueda de medios alternativos de justicia en caso estos sean vulnerados. Ello ha generado una conciencia colectiva internacional que persigue no solo redactar declaraciones o pactos internacionales, sino que aspira influir en la modificación del orden constitucional interno de los Estados, incluso dentro del ámbito privado y colectivo de la sociedad, para adecuarlos a esta nueva visión internacional. En consecuencia, como afirma Van Boven, ningún miembro de la comunidad internacional ha desatendido los derechos que esta Declaración consagra hasta el momento (citado por Travieso, 1996, pp. 267-268).

Inmediatamente después de la Declaración de los Derechos Humanos, se proclamaron otros documentos internacionales con el objeto de establecer obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento genera responsabilidad de los Estados, entre los que se encuentran los Pactos de Derechos Humanos de la ONU de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976. En el continente americano, fue de especial importancia la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, que ratificó los enunciados y principios ya establecidos en la Declaración de los Derechos Humanos. Es en esta última que por primera vez una convención incluye el concepto de persona identificándolo con su naturaleza humana, al sostener, en forma simple pero significativa, que “persona es todo ser humano”.

Como se ha podido apreciar, los derechos humanos reconocidos en los documentos internacionales se encontraban en un inicio remitidos –a propósito de la Segunda Guerra Mundial– a graves y generalizadas violaciones como la tortura, el genocidio, los tratos vejatorios y demás. Los derechos fundamentales, proclamados en los primeros documentos internacionales de la década de 1950, constituyen los principios rectores del desarrollo de los documentos posteriores. Estos últimos comprenden los pactos internacionales, convenios, tratados y, paralelamente, las constituciones que han introducido los derechos fundamentales en cada una de las legislaciones nacionales.

No obstante, dicha tendencia va a enfocarse en situaciones concretas que comprometen las obligaciones del Estado y de la ciudadanía en general. A partir de la década de 1990, se aprobaron diversos convenios y convenciones dirigidos al reconocimiento de

los derechos y principios proclamados en los documentos anteriores, mas con el objetivo de aplicarlos y ejecutarlos en situaciones en las que la persona se encuentra en estado de vulnerabilidad y, por lo tanto, requiere de una especial atención. Estos últimos documentos se promulgaron ante la evidencia de diversas situaciones de discriminación y ausencia de respeto a la dignidad de personas tales como los menores, los discapacitados y aquellos quienes, de una u otra forma, no gozan de plena salud física o mental. Asimismo, en años más recientes, se ha tenido mayor conciencia de otros derechos fundamentales de carácter ecológico, surgidos ante el reconocimiento del daño efectivo al planeta y las consecuencias inminentes que ello conlleva para la vida del hombre. Sin embargo, si puede establecerse un consenso en el interés de los derechos humanos, este se orientaría a resolver las crisis, ya no de los pueblos frente a los soberanos o las autoridades de los gobernantes, sino de la violación de los derechos humanos por la ciencia o la tecnología –al utilizar al hombre como medio y no como fin en sí mismo– y, directamente, por los ciudadanos particulares.

En el último caso, los conflictos se encuentran presentes en las interrelaciones entre las personas, por lo que se exige una mayor participación en la defensa de los derechos humanos de parte de los particulares en las relaciones privadas. La violencia, antes presentada entre los soberanos que ostentaban el poder y los ciudadanos particulares, ha cambiado de escenario, pues lamentablemente cada vez más se producen actos violentos y de abuso a la persona más necesitada dentro de la familia.

Así, han sido acreditados actos generalizados de violación de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad, aun en los núcleos más íntimos de la sociedad. La violencia contra los

más débiles y desprotegidos –la mujer, los menores, los ancianos y las personas con discapacidad– constituyen el fundamento de los documentos internacionales proclamados en los últimos cuarenta años. Los dos primeros casos han sido ya reivindicados por convenios internacionales y legislaciones internas, mientras los dos últimos recién comienzan a ser tomados en cuenta, aún con incipientes e incompletos dispositivos legales.

Otro aspecto de particular interés ha sido el de la desigualdad y sus múltiples formas: falta de acceso homogéneo a la educación o la salud, así como la ausencia de justicia o su aplicación tardía. Del mismo modo, en relaciones sociales indispensables para la subsistencia de la persona, como el trabajo y el consumo, se advierte una clara diferencia entre la posición de cada uno de los contratantes. En el primer caso, es evidente la situación ventajosa del empleador respecto del trabajador. Por su parte, en el segundo, la asimetría respecto a la información de los bienes y servicios, coloca en desventaja al consumidor. Ambos temas adquieren especial importancia, ya que el trabajo es equivalente al sustento de la persona y la familia, mientras el consumo es una actividad ineludible en la sociedad. Toda persona es consumidora desde su nacimiento, expone su vida, salud y bienestar a la relación de consumo con los proveedores.

Para Helio Jaguaribe, cuatro son los problemas principales pendientes de resolver en el mundo contemporáneo:

- 1) La estable y confiable compatibilización de la legitimidad democrática con la racionalidad pública.
- 2) La administración racional y equitativa de la ecología.
- 3) La incorporación a la modernidad y al desarrollo de las sociedades retrasadas.

- 4) La eficaz y equitativa administración internacional de los intereses generales de la humanidad, conduciendo hacia una optimización mundial de la calidad de vida (citado por Travieso, 1996, p. 55).

La comprobación de estos hechos permite arribar a la conclusión que la defensa de la persona conduce al ámbito de las relaciones privadas de las personas. En las sociedades actuales, en las que se vive en una aparente paz y armonía, con ausencia de conflictos internacionales, ante la presencia de gobiernos democráticos bajo sistemas jurídicos que se reconocen en los textos constitucionales y legales, que cuentan con tribunales que salvaguardan las garantías constitucionales y ejercicio de los poderes del Estado, son los particulares, los ciudadanos en forma individual, los que tienen que cumplir con una acción efectiva de defender a la persona humana y proteger los derechos fundamentales.

1.1.2. Dignidad

La dignidad de la persona humana es un concepto que históricamente se encuentra vinculado al cristianismo y a la prédica del Nuevo Testamento, aunque también aparezcan referencias en el Antiguo Testamento de la religión hebrea. En efecto, no existe religión que de una manera u otra no haya reconocido la dignidad de la persona. Es en la semejanza con el Creador que todas las religiones sustentan la dignidad de la persona, hecho que le otorga la naturaleza especial de ser fin y no medio, como los objetos o demás seres vivientes que no poseen alma o espíritu.

Desde una perspectiva filosófica, en el siglo XX se ha desarrollado la concepción que identifica al hombre como destinatario genérico del Derecho, asociado este último a una concepción concreta de

dignidad, hecho que constituiría su atributo definitorio de ser humano. Con la aparición del Estado y el Derecho en el mundo moderno, se produjo la consolidación de los derechos como límites del poder. La base de dicho planteamiento se sustenta en que estos expresan una serie de exigencias de dignidad, ya que su negación supondría dejar de considerar a los seres humanos como fines. Así, se concluye que emplear a las personas como medios supondría negarles su personalidad moral y su esencia, lo que implica la negación del ser humano como sujeto autónomo⁽²⁾. De lo expuesto, se puede afirmar que los derechos se conciben como garantías de la autonomía, ya que la dignidad se vincula con la libertad y la igualdad.

La dignidad humana es un concepto que puede tomar múltiples significaciones. A pesar de encontrarse mencionado desde las primeras declaraciones que invocan y defienden los derechos de la persona, ninguna presenta una definición del mismo. No obstante, ello no convierte la dignidad en un concepto vago, incoherente o inútil. Por el contrario, la ausencia de definición en los documentos internacionales sería más bien deliberada. El alcance universal de los documentos internacionales exige el respeto por las diferencias entre las sociedades, lo que determina que estas no recurran a definiciones categóricas en sus textos y así evitar el posible rechazo de parte de algún Estado determinado que las encuentre ofensivas. De ese modo, la definición de dignidad humana se encuentra implícita en los textos de los convenios internacionales; es responsabilidad de cada Estado definirla y desarrollar su contenido en su legislación interna (Tealdi, 2008, pp. 183-184).

(2) Las teorías de los derechos humanos de primera generación adoptan el presupuesto de que la persona es el individuo, es decir, el ser humano como titular de sus derechos. Según C. S. Nino, los rasgos característicos de la personalidad moral serían su capacidad de elegir fines e intereses, de formular deseos, y de revisar deseos o abandonarlos (1989, p. 173).

Etimológicamente, el término “dignidad” proviene del vocablo latín *dignitas*, que significa “excelencia”, “superioridad”, “grandeza” y “realce”. Filósofos y juristas han opinado en torno a la dignidad de la persona humana. Hoyos Castañeda dice de ella que «se encuentra referida a toda persona y a toda la persona». Se refiere con ello que la dignidad abarca a la persona en toda su dimensión: cuerpo y alma (2000, p. 81). Alegre Martínez coincide con la perspectiva humanista de la dignidad, al señalar que “la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal, como en su dimensión racional, que aseguran su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia” (1996, p. 17).

En búsqueda de una definición actualizada de la dignidad vinculada a la defensa del derecho de la autonomía, coincidimos con el Tribunal Constitucional Español que define la dignidad como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”. De esa forma, se reconoce con ello que el derecho de la persona de diseñar su proyecto de vida es una manifestación de su propia dignidad (Pacheco Zerga, 2007, p. 128).

La vinculación de los derechos fundamentales y la dignidad es reconocida tanto en la doctrina nacional como en el extranjero. Pacheco Zerga señala que el Tribunal Constitucional español, en sentencia que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley que despenalizaba el aborto, realizó una distinción entre los derechos “inherentes a la dignidad” y los que se encuentran “íntimamente vinculados” a ella. De los primeros, no realizó una enumeración; pero de los segundos, sí, aunque no de tipo taxativa. Entre estos se encuentran los de libre desarrollo de la personalidad, de la integridad física y moral, la libertad

de ideas y creencias, honor, intimidad personal y familia, y propia imagen (Pacheco Zerga, 2007, pp. 127-128).

El respeto a la dignidad humana constituye, en la cultura occidental, uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas: los actos de incumplimiento de este deber tienen repercusiones que trascienden fronteras. En un mundo globalizado, se han creado los mecanismos internacionales con facultades especiales para asumir la defensa de la persona humana, aun contra los actos cometidos en ejercicio de los poderes del Estado.

El primer instrumento jurídico internacional que se refiere a la dignidad humana es la Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945. Tres años más tarde, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, inicia de la siguiente manera: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)”. El art. 1 de dicho documento reconoce que la libertad y la igualdad en dignidad y derechos son inherentes a todos los hombres⁽³⁾.

La incorporación de la dignidad en el derecho constitucional se inició con la Constitución Alemana. Este documento garantiza el respeto a la dignidad del ser humano⁽⁴⁾, concepto que será incorporado

(3) “Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

(4) “Art. 1. Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

en forma expresa o subyacente en los textos constitucionales posteriores.

Respecto a las funciones constitucionales de la dignidad, Landa Arroyo reconoce las siguientes:

1. **Función legislativa.**- Es la base de todo el orden fundamental de una comunidad democrática y libertaria.
2. **Función ordenadora.**- Limita la actividad de los poderes públicos y privados para evitar las infracciones directas o indirectas contra los derechos y libertades de las personas.
3. **Función temporal.**- Es la expresión unitaria de la voluntad política del pueblo de dar forma y modo a los principios y valores de la comunidad.
4. **Función esencial.**- Se asienta en los principios y valores de libertad y autonomía.
5. **Función integradora.**- Constituye el motor transformador de la propia realidad que permite el consenso y la integración social.
6. **Función limitadora.**- La clásica función limitadora de la dignidad humana debe adecuarse a una concepción del poder limitado y, por tanto, controlado, ya sea este público o privado; por cuanto la dignidad es vinculante a todos los que participan en la comunidad.
7. **Función libertaria.**- Desarrolla su función libertaria en la medida que asegura la libertad y la autodeterminación de la persona humana (2006, pp. 26-31).

La dignidad, por tanto, se encuentra intrínsecamente vinculada a los derechos fundamentales, los atraviesa de manera tal que no

pueden desvincularse en sus orígenes, en el desarrollo, en sus límites y finalmente en su interpretación. En su aplicación práctica, la dignidad supone el reconocimiento y la defensa de la persona como deber de los ciudadanos y el Estado. Conforme lo reconoce el ya citado texto de Landa Arroyo, “la dignidad humana es vinculante, en tanto se le concibe de acuerdo con la teoría institucional como categoría jurídica positiva y como categoría valorativa” (Ibídem, p. 31).

1.1.3. Autonomía

La autonomía es un concepto jurídico que se deriva de los derechos fundamentales de libertad e identidad. Etimológicamente «autonomía» es un vocablo que se compone de dos conceptos: “auto” y “nomia”. El primero significa “por uno mismo”, “de sí mismo”; mientras que el último se deriva del griego *nomos* –que quiere decir ley, norma, costumbre– y de su extensión “nomia”: sistematización de las leyes, normas o conocimientos de una materia específica. Por tanto, se reconoce como persona autónoma a aquel capaz de administrar, sistematizar y decidir sus propias normas, reglas y costumbres (Bucay, 2010, p. 103).

La autonomía constituye la más representativa cualidad del ser humano, la capacidad para decidir sobre la forma en la que quiere relacionarse con quienes le rodean. La autonomía privada es, en realidad, el ejercicio del más significativo derecho de la persona: su libertad. En materia del Derecho Civil, es la aptitud de esta para decidir sobre su propio destino, lo que se conoce como la posibilidad de autodependencia⁽⁵⁾.

(5) “Ser autodependiente significa ser auténticamente el que soy, actuar auténticamente como actúo, sentir auténticamente lo que siento, correr los riesgos que auténticamente quiera correr, hacerme responsable de todo eso y, por supuesto, salir a buscar lo que yo auténticamente crea que necesito sin esperar que los otros se ocupen de esto” (Bucay, 2010, p. 56).

Por ello, se le considera un atributo consecuente con su naturaleza racional.

El desarrollo de la Bioética, a partir de los años 60 del siglo pasado, obligó a connotados filósofos como Edmund Pellegrino a investigar las raíces filosóficas de la autonomía en pensadores como Locke, Kant y Mill. De esa forma, reconoció también el sustento político y social de los derechos fundamentales de la persona a partir de la década de 1970, lo que determinó un nuevo concepto de autonomía reconocido en la relación médico-paciente: la capacidad de autogobierno. Así, la autonomía se entiende como una cualidad inherente a los seres racionales que les permite elegir y actuar de forma razonada; esta es la capacidad de los seres humanos para pensar, ponderar y decidir sobre lo que consideran bueno para sí mismos.

Como precisa Pellegrino, la autonomía es “la capacidad de autogobierno, una cualidad inherente a los seres racionales que les permite elegir y actuar en forma razonada, sobre la base de una apreciación personal de las futuras posibilidades evaluadas en función de sus propios sistemas de valores” (1990, p. 380). Por su parte, Carlos S. Nino la define como “la valiosa elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana”. El mismo autor limita el rol que del Estado frente a dicho principio: “el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida (...) e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” (1989, p. 199). Asimismo, desde una concepción ética que fundamenta el derecho a la identidad de la persona como ser único en su integridad, Fromm añade lo siguiente:

(...) la vida del hombre no puede ser vivida repitiendo los patrones de su especie; es él mismo –cada uno– quien debe vivir. El hombre es el único animal que puede ser fastidiado, que puede ser disgustado, que puede sentirse expulsado del paraíso (citado por Savater, 1998: p. 33).

De ese modo, en todos los casos se señala la capacidad de elegir como la cualidad esencial y definitiva de la persona autónoma.

En esa dirección se encuentran tratados como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que introducen el concepto de autonomía de la persona, adecuada a sus aptitudes físicas e intelectuales, en relación al ejercicio y goce de sus derechos. En ambos se propone el paradigma según el cual cada quien, más allá de la edad, sexo, salud, capacidad o cualquier otra condición, es una persona que, en reconocimiento de su dignidad, tiene el derecho a ser el protagonista absoluto de su vida: con libertad para participar en todo asunto de su interés, a expresar su opinión y a que esta sea tenida en cuenta (Llorens & Rajmil, 2010, pp. 17-18). Por ello, es importante enfatizar que ni el Estado ni los demás individuos tienen la potestad de intervenir en dicha elección, mas solo cumplir un rol de asesoramiento.

La incidencia de la autonomía de la persona en todas las materias del Derecho es una realidad cada vez más tangible. El legislador en su función creativa ha tenido que aceptar la imposibilidad de prever, en solo una norma legal, todos los escenarios en los que pudieran resultar aplicables los preceptos que establece. A ello debe agregarse que, en el contexto peruano, el órgano encargado de la resolución de conflictos, el Poder Judicial, ha colapsado, lo que perjudica a los litigantes con

una demora e ineficiencia alarmantes. Todo ello demuestra que las funciones creadora y juzgadora no resultan suficientes, por lo que se han ampliado recientemente las posibilidades de solución de los conflictos en forma directa entre las partes, o a través de un tercero como el mediador o conciliador. Sin embargo, el nivel fundamental es el de la prevención del conflicto, logrado mediante el incremento de la función asesora, orientadora e informadora de los agentes jurídicos –entre los que el notario cumple actualmente un rol cada vez más preeminente–, con el objeto de instruir a las personas antes de asumir compromisos, sean estos contractuales, patrimoniales o familiares.

En la actualidad, son muchas las crecientes manifestaciones de la autonomía de la persona en el ámbito civil, entre las que se encuentran las relaciones familiares. Se intenta buscar en la libertad de regulación de los sujetos la posible solución de los problemas que les incumben, para los que no siempre resultan adecuadas ni las reglas del ordenamiento, ni la intervención de los tribunales, pues se trata de la resolución de conflictos que podrían no haber surgido con una mínima previsión por parte de los interesados.

Por ello, los modelos excesivamente protectores o tuitivos de los individuos en el régimen jurídico de las sociedades han demostrado su inoperancia para el adecuado tratamiento y solución de muchas cuestiones que afectan la intimidad, y los deseos de los particulares en sus relaciones más íntimas y familiares. La excesiva participación de las autoridades y la formulación de normas que pretenden encasillar todas las situaciones a los límites de la previsión del legislador atentan contra el libre desarrollo de la personalidad del individuo y el ejercicio de su autonomía.

1.2. El proyecto de vida

El proyecto de vida es el diseño que realiza cada persona respecto de su propia existencia. Este encuentra sustento en los derechos fundamentales a la vida y a la libertad, así como en el principio de la dignidad humana.

Tradicionalmente, el derecho a la vida ha sido considerado como el derecho prioritario, el que precede a cualquier otro. Es un derecho inviolable, porque transgredirlo significa la desaparición de los demás; es universal ya que protege al ser humano desde el inicio de su creación, incluso antes de ser persona, al momento de la fecundación. El sistema jurídico se organiza de tal manera que, una vez identificada la creación de un nuevo ser humano, desde que se encuentran completos los cuarenta y seis cromosomas indispensables para su existencia, se reconoce el derecho a la vida y se dispone lo conveniente para que complete su desarrollo hasta convertirse en persona.

Por otro lado, el derecho a la libertad se ha ampliado y especificado en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia; actualmente, es este el que se considera como el origen de todos los demás derechos del hombre. Se entiende que una vida sin libertad no merece ser vivida, porque dicho valor es el presupuesto básico para reconocer la dignidad de la persona (Camps, 2001, p. 88).

Sobre tales presupuestos, se puede afirmar que el ser humano no es solo racional, sino fundamentalmente un ser libre, temporal y coexistencial, ya que posee la capacidad de reconocerse a sí mismo, ubicado en tiempo, lugar y circunstancia. Es consciente de su temporalidad, pues su vida es un transcurrir en el tiempo: tiene un inicio y llega inexorablemente a su fin. Debido a que el ser humano

no se conforma con su mera existencia, siente el impulso de fijarse una meta mediante un itinerario a ser desarrollado a lo largo de su vida. Por ello, es capaz de programar una sucesión de actos y obras que lo dirijan a alcanzar sus objetivos.

A lo largo de su existencia, la persona crea diversos tipos de proyectos para desarrollar cada una de sus actividades y, al mismo tiempo, entrelazarlas en busca de su realización personal. Estos son evaluados y rediseñados constantemente, porque la persona no es estática, sino un ser variable y vulnerable a diversas circunstancias, tales como la edad, la salud, sus fracasos y éxitos, entre otros.

El proyecto de vida es un diseño individual que parte del conocimiento que cada persona tiene de sí mismo, sus fortalezas, sus debilidades, sus inclinaciones, sus preferencias, es decir, a partir del reconocimiento de su propia individualidad como ser humano, tanto física como psíquicamente. Todo ello, unido a la convicción de la temporalidad de su existencia, lo lleva a proyectarse, a vivir siempre en camino al mañana: tal realidad controla su presente y lo impulsa hacia el futuro.

En la doctrina nacional, el máximo exponente del proyecto de vida es Carlos Fernández Sessarego. Según ha reconocido en innumerables ocasiones, este concepto maduró a partir de la década de 1970, bajo la influencia del enfoque personalista de la doctrina y la legislación italiana. Dicho autor plasmó su sustento en la redacción del Libro I de las Personas en el Código Civil de 1984.

Coincidimos con Fernández Sessarego en que la posibilidad de la persona de proyectar es la manera inherente de “ser del ser humano en cuanto libre y temporal”. De forma más enfática, señala lo

siguiente: “Se vive proyectando, se proyecta viviendo la vida temporal de la libertad. Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal, dejar de proyectar” (1996, p. 5).

El proyecto de vida, si bien se dirige al futuro, se decide en el presente y se despliega en el transcurrir del tiempo. Asumido de acuerdo a sus valores, le otorga sentido a su existencia y, en consecuencia, permite a la persona impregnar su vida de un mínimo de bienestar. De ese modo, le otorga la confianza de ser el dueño de su propio destino, con lo cual se percibe a sí mismo como un ser libre, que vive de acuerdo a su propia naturaleza y en respeto de su dignidad.

El derecho a diseñar el proyecto de vida surge con el reconocimiento de la capacidad de la persona y se prolonga inclusive hasta después de su muerte, con el testamento. Desde esta perspectiva, las disposiciones testamentarias constituyen una declaración en vida de la persona que le permite diseñar la distribución de sus bienes patrimoniales, establecer obligaciones y constituir derechos que resulten válidos después de su muerte. Por tanto, a pesar que la vida de la persona discurra hacia un futuro incierto, el hombre pretende controlarlo y convertirse en el hacedor de su propio destino, pues es él quien lo diseña y crea las condiciones necesarias para que este se cumpla.

Una de las exigencias para desarrollar este cometido radica en que cada uno pueda reconocerse a sí mismo como un ser diferente, único en sus propias inclinaciones, particularidades y preferencias. En consecuencia, la elección debe fundarse en la autodependencia: provenir exclusivamente de sí mismo, no bajo las órdenes, influencias o amenazas de otro. Dicho concepto, en vinculación con la autonomía de la persona, es utilizado por los profesionales de la

salud mental para orientar la búsqueda de la independencia psíquica y mental de cada uno. Ahora bien, la autodependencia, factor que posibilita la autorregulación de la persona y la realización de su proyecto de vida, no implica permitir que cada uno actúe en forma egoísta, desconsiderada, desconociendo el derecho de los otros. Esta debe entenderse, más bien, como el derecho de trazarse reglas a uno mismo en forma responsable y solidaria para con los demás.

El proyecto de vida se sustenta también en el reconocimiento del derecho a la igualdad de todos los seres humanos: en que cada persona, aunque igual a los demás en su naturaleza, solo es idéntica a sí misma por poseer una identidad y ser irrepetible. El concepto jurídico de igualdad del hombre tiene como objetivo evitar jerarquías entre las personas; es el fundamento del reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones para todos en idénticas condiciones. Asimismo, justifica la prohibición de la discriminación, independientemente de la diferencia en que esta pretenda sustentarse.

Paradójicamente, una de las consecuencias de dicho concepto es que las diferencias deben ser respetadas por igual. Afirma al respecto Fromm:

(...) todos los hombres son iguales en cuanto a aquellas capacidades humanas básicas como las vinculadas con el goce de la libertad y la felicidad (...). [Sin embargo] Cada hombre es un universo para sí mismo, y es sólo su propia finalidad. Su meta es su realización de su ser, incluyendo aquellas mismísimas peculiaridades que son características de él y que lo hacen diferente de los demás. La igualdad es así la base para el desarrollo total de las diferencias, y su resultado es el desarrollo de la individualidad (2009, p. 27).

Por ello, no debe confundirse la igualdad con la uniformidad. Esta última significa la pérdida de la individualidad, lo que conlleva a la deformación de la esencia del ser humano.

Por otro lado, desde una aproximación interdisciplinaria sociológica puede afirmarse que en tiempos en los que la globalización ha eliminado las fronteras físicas, acercado el conocimiento y propiciado el intercambio de información, el ser humano ha ampliado considerablemente las posibilidades de su desarrollo personal. No obstante, dicha situación implica también mayores riesgos y dificultades. Dentro de esta vorágine de relaciones, el hombre es ante todo el protagonista de una obra individual y social, que él mismo imagina y diseña. Así, el desarrollo humano se presenta como la expansión de las capacidades individuales en un escenario multifacético (Iguíñiz Echevarría, 2012, p. 16).

Asimismo, el ejercicio de la libertad en el diseño del proyecto de vida se relaciona con la búsqueda de la calidad de vida. A partir del bienestar que cada quien pueda alcanzar en la medida que se perciba a sí mismo como el hacedor de su existencia, será posible que aporte lo mejor de sí en cada una de sus relaciones personales o profesionales frente a la sociedad. En general, la suma de estas satisfacciones individuales es un factor decisivo para obtener el desarrollo de las colectividades.

La historia de la humanidad ha evidenciado que cuando el hombre se encuentra bajo la amenaza de la opresión, limitado en sus capacidades de autorrealización, las posibilidades de pobreza y subdesarrollo en una nación aumentan de manera considerable. Abunda en argumentos el Papa Juan Pablo II en la Carta Encíclica “Sollicitudo Rei Socialis” de 1987, quien con motivo de reflexionar sobre la dignidad y la libertad del hombre, señala lo siguiente: “cuando los individuos y las comunidades no ven rigurosamente

respetadas las exigencias morales, culturales y espirituales fundadas sobre la dignidad de la persona (...), todo lo demás (...) resultará insatisfactorio y a la larga despreciable”.

La posibilidad de cada persona de diseñar y ejecutar su proyecto de vida es valorada por sus implicancias psicológicas, sociológicas y económicas. El impedimento a su libre desarrollo ha recibido el nombre de daño al proyecto de vida y ha sido un tema desarrollado por la doctrina nacional en los últimos veinte años. Respecto a la magnitud de dicho fenómeno, Fernández Sessarego señala lo siguiente:

El daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia decisión (...) afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia (1996, p. 28).

El daño al proyecto de vida se determina a partir de un hecho que tendrá implicancias en el futuro de la persona. Este compromete su existencia misma, pues sus efectos permanecen en ella por el resto de su vida y frustran la oportunidad de realizarse plenamente.

Finalmente, la jurisprudencia en la última década ha abandonado el aspecto económico como único sustento de consideración en la reparación del daño a la persona. Se reconoce que el daño a su dignidad es de mayor trascendencia y merecería, por consiguiente, una especial atención al momento de determinar la sanción o reparación, si esta es posible.

En el siguiente capítulo nos enfocaremos en describir cómo se ha desarrollado la interpretación y ejecución de los derechos fundamentales, la dignidad y el proyecto de vida en documentos internacionales así como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO II

Concepto jurídico del proyecto de vida como derecho humano

En el presente capítulo, se detallará el modo en que el concepto de proyecto de vida es aludido, ya sea directa o indirectamente, en los tratados internacionales firmados por el Perú o en la legislación nacional. Para ello, se toman en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los tratados de protección de los derechos de la persona en estado vulnerable, suscritos en la segunda mitad del siglo XX. Más adelante, se analiza la defensa de la persona en las dos constituciones peruanas más importantes de fines del siglo XX. Seguidamente, se presentan casos emblemáticos en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos protegió el daño al proyecto de vida. Por último, se analiza el modo en que el lenguaje, por medio del documento notarial, puede convertirse en un instrumento de protección del proyecto de vida de la persona.

2.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la creación de órganos regionales intergubernamentales

Como ha sido mencionado, es luego de la Segunda Guerra Mundial que surgen las acciones internacionales de protección de los derechos humanos de manera universal. El primer documento que se dirige a dicho objetivo es la Declaración

Americana, adoptada el 2 de mayo de 1948 en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia, siete meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948. Ambos documentos sistematizan por primera vez los derechos fundamentales de la persona, promoviendo su observancia y el respeto de parte de los Estados (Salmón, 2011, p. 7).

Si bien la Declaración Americana contiene un catálogo completo de derechos económicos, sociales y culturales, y estableció un sistema de peticiones individuales frente a su violación, es recién con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 (entró en vigor el 18 de julio de 1978), que se consagró en veintitrés artículos la protección de los derechos civiles, económicos y políticos, aunque algunos de ellos tienen implicancias económicas y sociales. Nos referimos al derecho a la propiedad, derecho de asociación, derecho de familia y derechos del niño (Ibídem, p. 21).

La Convención Americana fue aprobada en una conferencia especial de la OEA y establece los cimientos constitucionales de un sistema interamericano para la protección de los derechos humanos. Paralelamente, se crean dos órganos regionales intergubernamentales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁶⁾, cuya función es asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención.

(6) La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una importante tarea en dos ámbitos, uno de competencia consultiva y otro en la resolución de procedimientos contenciosos. El art. 61 de la Convención establece que “solo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

El objeto de este documento es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, como se establece expresamente en el preámbulo:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria a la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos (...).

Resulta destacable el art. 26 de la Convención, ya que formula la obligación de los Estados de asumir medidas progresivas que hagan efectiva la aplicación de los derechos sociales a todos los ciudadanos. Especialmente, llama la atención la indicación expresa de que, además de la vía legislativa, pueden resultar apropiados para tal fin otros medios diferentes. El art. 26 señala lo siguiente:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Adicionalmente, la Convención estableció en el art. 42 la obligación de los Estados parte de presentar informes periódicos y estudios que acrediten las medidas que adoptan para cumplir con las obligaciones derivadas de los convenios, lo que determina una acción de cumplimiento y acreditación constante de los Estados parte respecto a la comunidad internacional y especialmente a la Comisión.

El Perú aprobó por la Convención Americana mediante Decreto Ley 22231, el 11 de julio de 1978, y entró en vigencia el 28 de julio de 1978⁽⁷⁾. En nuestro país, la posibilidad de recurrir a la Corte Interamericana fue ampliada a cualquier persona, según lo dispone el art. 114 del Código Procesal Constitucional, Ley 28237, publicado el 28 de mayo de 2004 y vigente a partir del 31 de mayo del mismo año.

Artículo 114.- Organismos internacionales competentes

Para los efectos de lo establecido en el artículo 205⁽⁸⁾ de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados

(7) Con certeza, las disposiciones de la Convención influyeron en la Constitución promulgada por el Perú en 1979.

(8) **“Artículo 205.- Jurisdicción Supranacional**
Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

En cuanto al cumplimiento de la sentencia, de conformidad con lo establecido en el art. 68, inciso 2, de la Convención, si esta estableciera indemnización “se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Sin embargo, cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho libertad protegidos, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Asimismo, podrá disponer, si lo estima conveniente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de los derechos, así como el pago de una indemnización a la parte lesionada, por los daños, tanto materiales como personales o extrapatrimoniales.

A partir de las resoluciones de la Corte, se han definido conceptos derivados de derechos fundamentales a la libertad, a la vida y al libre desarrollo de la personalidad que han influido en los tribunales internos de los países. De esta manera, se ha generado una función de interpretación y ejecución con efectos derivados de importancia para otros casos de conocimiento en los tribunales nacionales, que ha permitido crear jurisprudencia con trascendencia constitucional. Ello permite orientar a los tribunales en el reconocimiento del derecho de cada persona a establecer su proyecto de vida y la sanción a cualquier tercero que por acción u omisión le ocasione un daño al mismo.

A finales del siglo XX, el Perú, mediante Resolución Legislativa N° 26448 (de fecha 28 de abril de 1995), aprobó el

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador. El objetivo de este documento, como lo señala en su art. 1, es “lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”. Insiste en la necesidad de que los Estados adopten “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos” (art. 2).

El Protocolo consta de 22 artículos. Los cuatro primeros se refieren a disposiciones de carácter general, tales como obligaciones de los Estados de adoptar medidas para lograr progresivamente que la legislación interna incorpore los derechos reconocidos en este Protocolo, la obligación de no discriminación por razón alguna, la no admisión de restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en este documento. De los arts. 6 a 9, establece obligaciones del Estado en materia laboral para con los trabajadores: a título individual, colectivo y de seguridad social.

Vinculado a la materia de la presente investigación se encuentra el art. 10, referido al derecho a la salud en el que reconoce que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (art. 10, inciso 1), el derecho de toda persona “a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna” (art. 15, inciso 2), la protección especial del niño “por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 16) y la protección de los ancianos, comprometiéndose los Estados a “estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos” (art. 17).

Respecto a la protección de los “minusválidos”⁽⁹⁾, define las personas comprendidas bajo esta denominación y reconoce sus derechos:

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales, tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito.

2.2. Convenios de protección de los derechos de la persona en estado vulnerable de la segunda mitad del siglo XX

Como se evidencia en las disposiciones mencionadas del Protocolo de San Salvador, en las últimas dos décadas del siglo XX, la protección de los derechos humanos se ha regulado en diversos Convenios Internacionales que contienen normas expresas de protección a las personas más expuestas a que se desconozca su dignidad y la vigencia de los derechos fundamentales.

2.2.1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981, tras su

(9) Las comillas son nuestras para resaltar que este es el término que usa el Protocolo, pero que a partir de la Convención de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha sido eliminado, por considerarlo peyorativo.

ratificación por veinte países. En 1989, en el décimo aniversario de la Convención, alrededor de cien naciones declaran que se consideran obligadas por sus disposiciones.

El convenio tiene como objetivo obtener la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos de las actividades sociales, culturales, políticas, económicas. La convención proclama que esta igualdad es “indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz”. Es a partir del reconocimiento de la igualdad y la no discriminación de la mujer que se equipara como ser humano respecto del hombre y, en consecuencia, no pierde el derecho de libertad y desarrollo individual de su persona bajo ninguna circunstancia. Si bien el matrimonio y la maternidad le otorgan determinadas obligaciones, en ningún caso, estas pueden atentar contra su dignidad y el respeto a los derechos fundamentales. El proyecto de vida que cada mujer determina respecto de su existencia es el sustento de sus decisiones respecto al derecho a elegir pareja, formar una familia bajo el modelo que elija y criar a sus hijos según sus propios valores⁽¹⁰⁾.

2.2.2. La Convención sobre los Derechos del Niño

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas, proclamada mediante Resolución N° 44/25 de 20 de noviembre de 1989, fue incorporada en nuestra legislación en el Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, publicado el 7 de agosto del 2000.

(10) No podemos dejar de recordar que hasta antes de la vigencia del Código Civil de 1984, la mujer en el Perú tenía que obtener autorización de su cónyuge para trabajar. De la misma forma, existían actos de discriminación amparados en la ley respecto a la restricción de derechos de las madres solteras, que conllevaban incluso a la discriminación de sus hijos respecto de los derechos de los hijos matrimoniales.

La Convención es un documento con carácter de tratado internacional que cuenta con una mayoritaria ratificación que en noviembre del 2005 alcanzaba los 192 países. Tiene el mérito especial de ser el primer compromiso formal para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos y verificar los progresos alcanzados a favor de la infancia y adolescencia. Del mismo modo, establece la obligación de rendir cuentas sobre su cumplimiento en forma periódica al Comité de los Derechos del Niño (Unicef, 2015).

Esta Convención no es un texto declarativo de principios genéricos, ya que tiene efecto jurídico vinculante en la legislación de los países que la adoptan. Entre otras cosas, introduce un nuevo concepto del niño como un sujeto de derecho en desarrollo y reconoce que es una persona con derechos propios, que no requieren ser exigidos necesariamente por sus padres o representantes. De ese modo, el menor no es más un sujeto pasivo, sino que se le reconoce el derecho de ejercicio y goce de los derechos fundamentales en su integridad y el respeto a su dignidad. Para ello, se parte del reconocimiento de su identidad, el derecho a formar su propia opinión y expresarla.

Artículo 12.-

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente

o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Como consecuencia del reconocimiento de los derechos fundamentales, la Convención establece expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor y el respeto a su privacidad.

Artículo 16.-

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

La Convención de los Derechos del Niño ratifica la protección horizontal de los derechos fundamentales de la persona desde el inicio de su existencia. Además, determina que las obligaciones y responsabilidades no corresponden solo a las autoridades, pues las amplía a otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños.

Por otro lado, en forma sorprendente reconoce, por primera vez y en forma contundente, el derecho de autonomía a los niños, rompiendo el carácter protector y asistencial vigente hasta ese momento que había sido recogido en la legislación internacional y nacional de los Estados. Los derechos de autonomía reconocidos a los niños en la Convención corresponden a las libertades civiles de

primera generación: libertad de expresión, libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el derecho a la intimidad, regulados en los arts. 13, 14 y 16 respectivamente (Talavera, 2012, p. 97). Como consecuencia del derecho de autonomía del niño, podemos reconocer que, bajo los mismos términos, el derecho a tomar decisiones respecto a su proyecto de vida se reconoce aun a los menores, aunque por supuesto teniendo en cuenta la capacidad de discernir de acuerdo a su desarrollo.

2.2.3. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y quedó abierta a la firma el 30 de marzo de 2007. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008, a los 30 días de la ratificación de la veintava parte de los Estados firmantes. Actualmente, son más de 140 países ratificantes.

La Convención está supervisada por el Comité de Expertos de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta introduce cambios radicales en la función del Estado, de los ciudadanos y de la sociedad en pleno respecto a la discapacidad, pues la sitúa en el plano de los Derechos Humanos. Del mismo modo, exige un cambio de paradigma en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad.

Preámbulo

- e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la

actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (...)

Asimismo, compromete a todos los miembros de la sociedad en un cambio respecto a la discapacidad, inclusive respecto al tratamiento de la salud: de un modelo médico o rehabilitador se pasa a un modelo social o integrador.

La propuesta se sustenta en un cambio de paradigma. Anteriormente, las personas con discapacidad eran consideradas por los demás miembros de la familia, y por la colectividad en general, como enfermas, por lo que solían ser apartadas. A partir de la Convención, estas reciben una mirada desde su dimensión humana y personal: aunque se reconoce que se encuentran en una situación de desventaja social, se asume que debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades y no al revés. Por otro lado, el modelo de integración se sustenta en la autonomía de la persona con discapacidad. El Estado y la sociedad deben proteger y fomentar su participación activa en el logro de los objetivos que sean esenciales a su persona, esto es, en el desarrollo de su proyecto de vida, de manera tal que alcance su propio bienestar.

La definición de las personas con discapacidad contenida en el art. 1 de la Convención constituye un cambio radical respecto al concepto tradicional de capacidad civil, que dividía a las personas en capaces e incapaces. Esta última categoría resulta inadmisibles a partir del reconocimiento de la igualdad de las personas con discapacidad y, más aún, desde la propia definición que abarca tanto las deficiencias físicas como intelectuales de la persona.

Artículo 1.- Propósito

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

A su vez, ratifica el derecho a la vida de todos los seres humanos en igualdad de condiciones.

Artículo 10.- Derecho a la vida

Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Finalmente, la Convención garantiza el reconocimiento de la personalidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad en forma autónoma e independiente, en pleno ejercicio de su libertad y con derecho al libre desarrollo de su proyecto de vida⁽¹¹⁾.

(11) Ver art. 12.

2.2.4. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 2005 fue aprobada en la Conferencia General de la UNESCO y ratifica la consideración ética de la salud, la práctica clínica y la investigación científica.

Como conclusión de la rápida relación de los principales tratados internacionales referidos a los derechos humanos, se puede afirmar que en la actualidad el constitucionalismo tiene como objetivo la protección y eficacia de los derechos del hombre de forma universal. Ello ha determinado la apertura de los sistemas constitucionales nacionales a una conciencia generalizada internacionalmente que tiene como consecuencia la consolidación de una protección homogénea de los derechos humanos a nivel supra estatal. Por consiguiente, la relación de los Estados se ha venido estructurando con base en problemas de actualidad que han atravesado fronteras y, por tanto, resultan comunes a los diversos territorios (Del Rosario, 2012, pp. 117-119).

2.3. La persona y la defensa de sus derechos en las Constituciones del Perú de finales del siglo XX

Hasta la Constitución de 1936, las Cartas Magnas se habían orientado en sus preceptos a señalar las funciones y facultades del Estado, la soberanía nacional, así como aspectos de tipo patrimonial y económico, mas no dirigidos a la persona como ser humano. Por el contrario, la Constitución Política del Perú de 1979, al igual que las demás constituciones contemporáneas en América Latina

promulgadas a partir de la década de 1980, evidencian la influencia de la teoría de los derechos humanos.

La Constitución de 1979 recoge la primacía de la persona a partir de los documentos internacionales que, desde 1948, reconocen la dignidad de la persona y los derechos fundamentales como derechos humanos. Es así como el art. 1 de la Constitución de 1979 establece lo siguiente: “Artículo 1º.- La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. No obstante, la Constitución de 1979 tuvo una vida muy corta y fue reemplazada por la Constitución Política del Estado de 1993. Ello se dio en el contexto de un intenso período de cambios constitucionales en América Latina, pues casi todos los países adoptaron nuevas constituciones a mediados de los años ochenta, una vez culminada la instalación de regímenes militares dictatoriales, los que habían dejado en suspenso el régimen democrático y con ello muchos de los derechos fundamentales. Suerte similar corrió la aplicación de tratados internacionales destinados a proteger a la persona de abusos y atropellos de las autoridades (Uprimny, 2011, pp. 109-111).

La Constitución de 1993 fue aprobada por la Asamblea Constituyente durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori, en el momento en que predominaba el llamado consenso de Washington sobre la reforma del Estado, lo que explica su orientación neoliberal. La nueva Constitución de 1993 contiene una variante en la redacción del primer artículo referido a la persona humana: “Artículo 1º.- Defensa de la persona humana: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Algunos doctrinarios peruanos como Fernández Sessarego han expresado su malestar por la variación del art. 1 de la Constitución

vigente. Critican que no se haya mantenido la definición anterior, en la que se establecía que la persona humana era el fin supremo de la sociedad y del Estado. Consideran que establecer la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado es un error de la Constitución de 1993, ya que colocaría en primer lugar la acción de defensa, en vez de la persona.

En nuestra opinión, la incorporación del término “defensa de la persona humana” no es un error, sino más bien un acierto. La redacción del art. 1 de la Constitución de 1979 era, en su simple enunciado, una declaración lírica, pues no implicaba acción alguna, apenas constituía un reconocimiento de la prioridad de la persona como ser humano. En cambio, la actual norma constitucional inicia su contenido con una acción dirigida a defender a la persona en mérito a la prioridad que alcanza como ser humano⁽¹²⁾. Lo que resulta más trascendente aun es que la Constitución actual no solo reconoce a la persona humana como el fin supremo, sino que de manera expresa menciona el término dignidad, que es sustento de todos los derechos humanos.

Por otro lado, el segundo enunciado del art. 1 de la Constitución de 1979 contiene una obligación que, por su carácter general, resulta imprecisa en cuanto a las personas obligadas y la eficacia de la acción que se compele. A diferencia de ello, la redacción del art. 1 de la Constitución resulta más eficiente, ya que en primer lugar se refiere a todos los miembros de la sociedad, esto es, cada uno de los individuos que la integran y el Estado. En consecuencia, el plano de la obligación en que ambos se encuentran es el mismo: la acción de defensa de la

(12) De acuerdo con la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra “defensa” tiene varios significados. Los que resultan de aplicación para la interpretación de la norma constitucional son los siguientes: “1. Amparar, librar, proteger. 2. Mantener, conservar, sostener algo contra el dictamen ajeno”.

persona humana y el respeto de su dignidad comprenden a todos los particulares y funcionarios públicos.

No obstante, independientemente de esta disquisición en la redacción de la norma constitucional, lo relevante es que ambos textos constitucionales coinciden en reconocer que “la persona humana y el respeto de su dignidad son el núcleo central de nuestro ordenamiento constitucional, sirviendo como principio rector para la interpretación constitucional y para la evaluación de la adecuación constitucional de las normas que se expidan” (Rubio, Eguiguren & Bernales, 2010, p. 47).

Así, los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en la Constitución de 1993. Han sido enumerados en el art. 2, que los desarrolla en 24 incisos, aunque también los arts. 14, 44, 56 y 162 aluden a los derechos humanos. Los arts. 23 y 162 se refieren a los derechos constitucionales, mientras la Cuarta Disposición Final y Transitoria hace mención a los derechos y libertades. Más aún, la enumeración utilizada resulta irrelevante teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 3 de la Constitución, que establece el número *apertus* de los derechos fundamentales, es decir, la posibilidad de incorporar nuevos derechos, ya sea por reconocimiento en documentos internacionales, por mandato de la Corte Internacional de Derechos Humanos o por interpretación con efecto vinculante del Tribunal Constitucional⁽¹³⁾.

El art. 2 del Capítulo I de la Constitución establece los derechos y libertades clásicas de la persona como el derecho a la vida e integridad,

(13) **Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus**

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

a la propiedad, a contratar, a la libertad y seguridad personales, a la privacidad, la libertad de pensamiento, los derechos de comunicación e información, igualdad, entre los más relevantes. Mención especial merece el inciso 22 del art. 2 de la Constitución Política de 1993, que reconoce como derecho fundamental de la persona: “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. La redacción de esta norma constituye un reconocimiento de los derechos de la persona a disfrutar y gozar no solo de los derechos patrimoniales o materiales, sino también el derecho al desarrollo de las actividades personales y familiares sin perturbación alguna, lo que se vincula directamente con el proyecto de vida.

Por su parte, el art. 7 de la Constitución Política del Estado reconoce el derecho a la salud, conjuntamente con la protección al discapacitado. Respecto al primero, menciona el derecho a la protección, promoción y defensa de la salud de la persona tanto en el medio familiar como el de la comunidad. En cuanto al segundo punto, la norma no resulta muy clara en la definición de la persona con discapacidad, pues si bien amplía el concepto de discapacidad para referirse a la persona con deficiencias físicas o mentales, hace mención a la “incapacidad para velar por sí misma”. De ese modo, excluiría a las personas con deficiencias o ausencia de capacidades físicas o mentales que sí podrían velar por sí mismas a pesar de sus limitaciones.

Artículo 7.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona

incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto a su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Asimismo, la Constitución reconoce los derechos fundamentales desarrollados en los convenios internacionales mencionados en los acápites anteriores. Su fundamento subyace en la voluntad de parte de los Estados de asumir compromisos efectivos que permitan a cada ser humano mantenerse como el único artífice que determine el proyecto de vida, impidiendo que intereses ajenos cambien su propio diseño personal acerca de su existencia en el ámbito íntimo y familiar.

2.4. La protección al daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los tratados internacionales analizados en el presente capítulo tienen en común el compromiso de los Estados ratificantes de asumir la obligación de adoptar medidas progresivas, sin lugar a retrocesos, que permitan asegurar la implementación integral de las disposiciones que contienen. Asimismo, se comprometen a presentar reportes e informes periódicos que demuestren las acciones adoptadas por cada país. En el Derecho Internacional, por su parte, se lleva a cabo la política de promover una cultura de cumplimiento de obligaciones internacionales que propicie, en forma conjunta, la implementación uniforme de los derechos humanos, lo que resulta un imperativo categórico en un mundo globalizado que tiende a la eliminación de las fronteras.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido explícitamente la obligación de respetar y garantizar de los Estados partes de los tratados:

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La obligación de garantizar no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio del 1988, párrafos 166-167).

En consecuencia, a partir de lo señalado por la Corte, así como lo dispuesto por el art. 1 de la Constitución de 1993, deberíamos concluir que la obligación del Estado de defender la dignidad y los derechos fundamentales de la persona solo resultará eficaz en la medida que exista un régimen normativo que asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos. En el supuesto de que el Estado no cumpla con sus obligaciones o que algún particular la incumpla en perjuicio directo de alguien, se reconoce el derecho de toda persona a recurrir a los tribunales nacionales e internacionales en búsqueda de la rectificación de la medida, la exigencia de cumplir con lo debido o, de no ser posible ello, con el resarcimiento moral y económico.

En cualquier caso de controversia sobre derechos humanos, el art. 5 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de 2004 ha reconocido la aplicación de los documentos internacionales,

además de las resoluciones de la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

De ahí la importancia de conocer las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tratados internacionales referidos a los derechos y la dignidad de la persona, así como las resoluciones del Tribunal Constitucional que interpretan en forma constante la defensa de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad ante situaciones concretas que se plantean a nivel nacional⁽¹⁴⁾.

Como se ha mencionado, la protección de la persona en el desarrollo de su proyecto de vida dio origen a la teoría del daño al proyecto de vida⁽¹⁵⁾. Ha sido el sustento de diferentes análisis en pronunciamientos no solo doctrinarios, sino especialmente en las Cortes nacionales e internacionales que han ratificado dos cuestiones

(14) **Constitución Política del Perú de 1993**
Artículo 55.- Tratados

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

(15) Ver 1.2.

preliminares que, para el objeto de nuestro planteamiento, nos interesa destacar:

1. El proyecto de vida se sustenta en la libertad de la persona de decidir los actos a realizar en el periodo de su existencia con el objeto de desarrollar libremente su personalidad y alcanzar sus objetivos, determinados de acuerdo a sus valores en el periodo de su existencia.
2. Los particulares y las autoridades están obligados a respetar, facilitar y defender, de ser el caso, a la persona en el ejercicio de los actos diseñados para cumplir con su proyecto de vida, hasta el punto que cualquier acción en contrario constituye un daño sancionable.

En la última década del siglo XX, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la existencia del daño moral, entendiéndolo como daño resarcible en particular en los casos de violación de derechos humanos. La Corte señala que los daños extrapatrimoniales, es decir, los no materiales deben ser reparados, estableciendo indemnizaciones a favor de la persona cuyos derechos humanos han sido violados.

Si bien no es nuestra intención centrarnos en la teoría de la responsabilidad del daño, consideramos que resulta imprescindible destacar el claro concepto del proyecto de vida que aparece en las sentencias de la Corte como sustento de la determinación del daño a ser reparado. Sin analizar los hechos, argumentos de defensa y alegatos, reseñamos a continuación dos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidos al reconocimiento de la existencia y definición del proyecto de vida, así como su relación directa con los derechos humanos.

2.4.1. Caso María Elena Loayza Tamayo

El caso de la señora María Elena Tamayo contra el Estado peruano es el primero en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos distingue el daño al proyecto de vida en su fase de reparaciones de su sentencia pronunciada en 1998. En la sentencia, la Corte distinguió claramente lo que constituye el “daño al proyecto de vida” de los conceptos de “daño emergente” y “lucro cesante” que, el Estado peruano alegaba, abarcaban los contenidos del primero (Díaz Cáceda, 2006, pp. 115-117).

Se reconoce que el daño al proyecto de vida es

(...) una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permitan fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, parágrafo 147).

La sentencia señala, en el parágrafo 148, que el “daño al proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez

se sustenta en las opciones de vida que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. La Corte precisa aun más el concepto de proyecto de vida, al sostener en el párrafo 150 que el daño al proyecto de vida se vincula con una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, ya que implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Finalmente, la Corte vincula el proyecto de vida con los derechos humanos, al afirmar en el párrafo 153 que “reconoce la existencia de un grave daño al ‘proyecto de vida’ de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos” (Fernández Sessarego, 1996).

Empero, tal como lo reconoce el magistrado Roux Rengifo al emitir su voto “parcialmente disidente”, luego de reconocer y describir acertadamente el daño al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo, la sentencia omite fijar una reparación al daño.

2.4.2. Caso Luis Alberto Cantoral Benavides

Mediante sentencia de reparaciones en el caso de Luis Alberto Cantoral Benavides con el Estado peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 3 de diciembre de 2001, luego de analizar los hechos de tortura a que había sido sometido el denunciante durante el gobierno del presidente Fujimori, reconoció los daños ocasionados que “impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional (...). Todo esto ha representado un serio menoscabo para su proyecto de vida”. La Corte ratifica el reconocimiento de la existencia, magnitud y características del “daño al proyecto de vida”, pero esta vez, en el párrafo 80, sí ordena asumir las siguientes medidas para repararlo:

(...) que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija –así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios– en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado.

Adicionalmente, en el párrafo 81, la Corte ordena que el Estado peruano “realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso y a fin de evitar hechos como los de este caso se repitan”.

2.5. El lenguaje y el documento jurídico en relación al proyecto de vida

Insistiendo en la relación de la persona frente al Estado, así como en sus relaciones entre particulares en la sociedad, Fernández Sessarego destaca el principio de autonomía de la persona respecto a cualquier ingerencia pública o privada que limite o impida que cada uno diseñe y ejecute su proyecto de vida. Respecto al rol que le corresponde al Derecho frente a la libertad de la persona, el autor señala en términos inmejorables lo siguiente:

El Derecho fue creado para proteger, en última instancia, la libertad personal, a fin de que cada ser humano, dentro del bien común, pueda realizarse en forma integral, es decir, pueda cumplir con su singular “proyecto de vida”, el mismo que es el resultante de la conversión de su libertad ontológica en acto, conducta o comportamiento (2005, pp. 7-8).

Fernández Sessarego sostiene que la libertad de la persona es el objeto de protección prioritaria del Derecho, de manera tal que las normas tienen como función “eliminar, hasta donde sea posible, los obstáculos que pudieran impedir el libre desarrollo personal ‘el proyecto de vida’, es decir, de lo que la persona desea ser y hacer en su vida” (Ibídem).

Por otro lado, Fernández Sessarego reconoce que el mérito de esta facultad del ser humano radica en su aplicación en la convivencia con sus congéneres. El ser humano no es un ser solitario; por el contrario, es esencialmente un ser social y el libre desarrollo de su personalidad lo ejercita en su vinculación con los demás. Así, la única manera en la que puede desarrollar su autonomía es relacionándose con los demás, sin afectar el derecho de cada uno de los otros, que a su vez le deben el respeto de su libertad.

La persona humana, en cuanto bien supremo del derecho, no se constituye como un elemento aislado, dotado de plenos poderes, premunida de derechos absolutos e ilimitados, con prescindencia del interés comunitario, con abstracción del contexto social dentro del cual está inmersa. La estructural coexistencialidad de la persona asegura no sólo su pleno y libre desarrollo sino que, al mismo tiempo, debe permitir solidariamente el que todas las demás personas con las que se encuentra en existencial comunicación, puedan también estarlo (2001, p. 92).

El aspecto más relevante, por tanto, consiste en establecer los mecanismos que permitan a la persona expresar su voluntad en forma segura, de manera tal que los terceros puedan conocerla y respetarla.

Remontándose a Aristóteles en su reflexión acerca del hombre como un animal político, Bauman sostiene lo siguiente:

El hombre es el único animal dotado de lenguaje (...). El poder del lenguaje se encuentra en la intención de expresar qué es ventajoso y qué dañino, qué es justo y qué es injusto. Es precisamente en esto en lo que el hombre se diferencia de los otros animales: sólo él tiene noción del bien y el mal, de la justicia y de la injusticia: y es en asociación con otros seres vivientes que poseen de este don como constituye una casa y un Estado (2011, pp. 7-8).

En el mundo del Derecho, el lenguaje cobra importancia a través de los documentos en los que se plasma lo manifestado por la persona. Los compromisos, autorizaciones y, en general, toda declaración, cobran importancia jurídica en la medida en que aparecen en documentos extendidos con las formalidades legales. De esa manera, la persona tiene la certeza de ser escuchada y hacer que los hechos sucedan conforme a su voluntad. En ese contexto, la figura del notario en la sociedad cobra una singular importancia por ser el profesional dotado de la fe pública suficiente para recibir, formalizar y conservar la voluntad de la persona respecto al proyecto de vida que diseña, transforma, modifica y vuelve a establecer tanto durante su vida, como para después de su propia muerte.

Las reflexiones siguientes se dirigen a las acciones que los operadores de Derecho, en especial, los notarios, pueden y deben cumplir para custodiar la dignidad de la persona y los derechos a la vida y a la libertad, ello con el objetivo de establecer las condiciones necesarias para que esta ejecute su proyecto de vida.

CAPÍTULO III

Función del notario en la sociedad

Desde sus orígenes, el notario cumple una función básica en el desarrollo de las sociedades, al ser pieza fundamental en las diversas actividades de la economía, así como en las principales relaciones personales y patrimoniales de la persona. Sin embargo, la figura del notario y las funciones que le resultan de competencia no son conocidas con detalle por la mayoría de la población, a pesar de que todos requieren de los servicios notariales para el desarrollo de sus actividades. Tal situación exige una profunda reflexión sobre la importancia de su función, así como de los beneficios que reporta al ciudadano y a la sociedad.

En el presente capítulo, se presentará una breve reseña histórica del notariado, desde la Edad Media hasta la época napoleónica. Después, se detallarán los lineamientos generales de los distintos tipos de sistemas notariales, para luego enfocarse en el notariado latino. Este último será analizado desde diversas perspectivas: su vínculo con los derechos humanos, la economía y su función en la sociedad globalizada.

3.1. Reseña histórica del notariado

El notariado, como todas las instituciones de Derecho, es producto de una evolución paulatina. Al inicio, los notarios cumplían una función práctica en la redacción de los contratos y actos jurídicos, y solo posteriormente desarrollaron su oficio.

No es posible precisar con exactitud el tiempo y lugar del nacimiento de la fe pública en la actividad notarial. Sin embargo, fue en el siglo VI de la era cristiana cuando por primera vez se presentó una regulación positiva del notariado, en la enorme obra de Justiniano, *Compilación y Legislación*, conocida como el *Corpus Juris Civilis*, en la que se regula su actividad. En ese entonces, el notario era un conocedor de leyes, redactaba en un protocolo, leía, autorizaba y entregaba copia del documento a las partes. Su actuación era obligatoria y respondía ante las autoridades si el documento confeccionado por él era nulo o ilícito (Pérez Fernández del Castillo, 2010, p. 3).

En la Edad Media, el incremento del comercio dio nacimiento al intercambio patrimonial y, con ello, al nacimiento de nuevas instituciones de Derecho. La legislación existente se modificó según fueron requeridos nuevos acuerdos y transacciones; de ese modo, la forma notarial evolucionó y fue fortalecida la fe pública de la intervención notarial. Así, Carlomagno, al principio del siglo IX, legisló en las “capitulares” acerca de la actividad notarial, al establecer, entre otras disposiciones, que el instrumento notarial tiene el favor probatorio de una sentencia ejecutoriada.

Respecto al notario como persona, el primer estudio sistemático de los *tabularis*, ahora notarios, aparece en la segunda mitad del siglo IX, en la obra Constitución XXV del emperador de Oriente León VI, al continuar con la compilación de su padre Basilio I. En este cuerpo legal, se fijan las bases de la regulación del notario y del ejercicio del notariado:

1. La importancia del examen de conocimiento como requisito para acceder al cargo de *tabulari*.
2. Las cualidades físicas y morales que deben tener los postulantes para acceder al cargo.
3. La colegiación obligatoria.
4. El número clausus.
5. La plaza notarial.
6. La imposición de aranceles.

El notario perfilaría sus funciones ya como parte de una profesión en el siglo XII, cuando Rolandino Passaggeri, profesor y notario de la Universidad de Bolonia, escribe su gran obra *Summa Artis Notariae, Tractus Notularum y Flos Testamentorum o Flos Ultimatum Voluntatum*, publicada en 1255. Dicho texto constituye el más completo manual del notariado, en el que se compila, de forma detallada, la función notarial que se difundiría por toda Europa.

Se puede afirmar con certeza que la figura del notario en el continente americano proviene de España, donde se desarrollaría desde la Edad Media con la obra majestuosa de Alfonso X, El Sabio. Este realizó una minuciosa labor de recopilación y legislación: primero, con el Fuero Real; después, con el Espéculo hasta llegar a las Siete Partidas, que regulan en forma sistemática la actividad del notario. Según reconoce el Consejo General del Notariado, estas últimas consideraban al notariado como una función pública y regularon su actuación con bases que se mantuvieron vigentes hasta la ley de unificación de 1862, todavía en vigor (El notario, 2010)⁽¹⁶⁾.

(16) Esta primera Ley Orgánica del Notariado Español regula en forma sistemática al notario, la función notarial, el instrumento público y la organización del notariado. Además, sirvió de base para la legislación notarial en América Latina, sustituye el término *escribano* por

El mayor investigador de la historia del notariado español, José Bono, sostiene que en el siglo XIII se vincula al notario con el valor del documento elaborado por él:

Cuando surgen la institución notarial y el documento público, con las características y significación actualmente vigentes, al transformarse en una sincrónica evolución en todos los reinos de la España cristiana, el scriptor profesional y la scriptura privada, en el *publicus notarius* y en el *instrumentum publicum*, tal como habían sido conformados en Italia por la doctrina legística y canonística (Bono, 1976, p. 231).

En la época de los Reyes Católicos, Fernando e Isabel, existían en España hasta cinco diferentes escribanos, diferenciados por el ámbito de su jurisdicción y competencia:

- 1) Escribano Real: que actúa en todo el Reino.
- 2) Escribano de Número: que actúa en una ciudad.
- 3) Escribano de Cabildo: que actúa en el Ayuntamiento.
- 4) Escribanos de Cámara: que actúa en Salas de Justicia.
- 5) Escribano de Provincia: dos para cada Alcalde de Corte (Del Busto, 1991, p. 162).

El primer notario que llega al continente americano se encontraba en el viaje del descubrimiento de Cristóbal Colón. Según relata la historia, este llevaba consigo a un notario (“escribano”) para

el de *notario*, le da la categoría de funcionario público y separa la actividad notarial de la judicial.

que atestiguara la veracidad de lo ocurrido y diese cuenta a los Reyes Católicos de tan importante suceso:

A las dos horas después de media noche pareció la tierra, de la cual estarían a dos leguas (...). El Almirante llamó a los dos capitanes y a los demás que saltaron a tierra, y a Rodrigo de Escobedo, escribano de toda la armada, y a Rodrigo Sánchez de Segovia, y dijo que le diesen por fe y testimonio como él por ante todos tomaba, como de hecho tomó, posesión de la dicha Isla por el Rey y por la Reina sus señores, haciendo las protestaciones que se requerían, como más largo se contiene en los dos testimonios que allí se hicieron por escrito (Cardona, 2005, pp. 73-74).

Desde ese entonces, la institución del notariado se expande por casi todo el continente, desde el sur hasta México y la provincia francesa de Canadá.

En la conquista del territorio peruano, es conocida la importante función de Pedro Sancho de la Hoz, escribano general de los reinos de Nueva Castilla, quien acompañó a Francisco Pizarro en la conquista del Imperio Incaico y cumplió la función de redactar lo ocurrido para informar a los reyes de España. Dicha tradición continuó siendo realizada por los “escribanos de la hueste”, quienes cargaban en arreos los libros conocidos como “protocolo ambulante”, en los que transcribían los acontecimientos (Del Busto, 1991, p. 163).

Durante los siglos siguientes, se extienden las funciones y la competencia de los notarios en el continente europeo. La revolución francesa acentuó aun más el rol notarial. Napoleón Bonaparte, con la Ley del 25 de Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803), le

confiere una estructura que, con escasos retoques, es ya actual y moderna, constituyendo la base de todas las demás leyes notariales del mundo⁽¹⁷⁾.

3.2. Sistemas notariales

Como ocurre con las instituciones, el notariado evoluciona conjuntamente con la configuración de la sociedad y de la propia humanidad. Ello tiende a acentuarse en la presente etapa de globalización, en que la ausencia de fronteras tiene un impacto en todas las estructuras de la sociedad y las actividades del hombre (Stiglitz, 2008). Un elemento que influye de forma muy estrecha en el notariado es el ordenamiento jurídico, el cual determina la formación de diversos sistemas notariales.

En la actualidad, subsisten dos grandes sistemas en el mundo: el anglosajón y el latino, de raigambre romana. A continuación, se hará mención a los sistemas notariales que han tenido mayor presencia a lo largo del último siglo.

3.2.1. Notariado anglosajón

El territorio de Inglaterra fue uno de los pocos que los romanos no alcanzaron en la época de la conquista, por lo que no recibieron su mayor legado a la humanidad: el Derecho. El vocablo en inglés que designa al notario es *notary*, pero el concepto de aquel que ejerce el cargo es totalmente diferente al del sistema latino, al asimilarse más

(17) A partir de Napoleón se moderniza, no solo la función notarial, sino también el Derecho en general: "La disolución de la sociedad tradicional y la estabilización relevante de la sociedad burguesa, concomitante con el capitalismo, fueron obra del *Code Napoléon*. No sólo por las disposiciones concretas sobre la propiedad indivisa tradicional o señorial (...) sino porque introducía el principio de racionalización del derecho que lo fundaba no en las jerarquías y en la diversidad de legislaciones, sino en la relación entre medio y fin y en el principio unificador de la razón" (Gutiérrez Girardot, 2008, p. 495).

bien a la figura de un fedatario no letrado. Este sistema se encuentra vigente en los países adscritos al sistema jurídico del *common law*, que literalmente significa de derecho común (presente en casi todos los estados de EEUU y en Inglaterra).

La concepción filosófica, religiosa y las costumbres de los pueblos de origen anglosajón, donde la costumbre y el litigio es la esencia del Derecho, han dado lugar a un sistema jurídico completamente diferente al latino. El *Common law* es de cumplimiento obligatorio; la *Equity* (equidad) y los *Standards* (apreciaciones de sentido común) son sus valores auxiliares, que determinan las decisiones finales; de ahí la participación del ciudadano común a través de los Jurados en los litigios.

En dicho sistema, si bien existen leyes, estas son escasas y se refieren a los actos de comercio o a la reglamentación de las libertades de los ciudadanos. La fuente básica del derecho anglosajón es la costumbre: los jueces no crean propiamente el Derecho, sino tan solo declaran conforme esta. El *Common law* parte del derecho judicial y contencioso, en el cual no existe propiamente el derecho preventivo. La prueba documental no alcanza el valor de los sistemas romano-germánicos, pues prevalece la declaración juramentada. En ese contexto, el abogado es un litigante por excelencia, mientras los notarios cumplen una función precaria, al no existir la necesidad de formalizar contratos, los que deben ser probados en juicios, ni un registro público de la propiedad inmueble (esta se encuentra afianzada por pólizas de seguros de título).

El notario anglosajón se limita a cumplir el rol de un fedatario: asevera la autenticidad de las firmas en un documento redactado por los interesados, recoge la manifestación de estos que el contenido

corresponde a su declaración expresada libre y voluntariamente, no asesora ni genera un documento auténtico, no es un profesional de derecho investido de fe pública, ni conserva los documentos. Por ello, el Estado otorga licencia para ejercer el cargo a particulares sin experiencia jurídica alguna (Olaizola, 2013).

3.2.2. Notariado estatista

Es también conocido como notariado ruso, por haberse implementado en dicho país a partir de la Revolución rusa y, por consiguiente, en los países comunistas. El importante suceso implicaría cambios radicales en las principales instituciones del Derecho Civil, tanto en los derechos personalísimos como en los patrimoniales. Uno de los más importantes habría sido la abolición de la propiedad privada, a partir de la cual se buscaba introducir derechos colectivos o sociales, en los que el hombre como individuo quedaba subyugado al denominado “bien común”. De ese modo, se reemplazó el sistema notarial latino por otro que respondía al control estatal de las relaciones entre particulares y la fiscalización de las entidades del Estado. En dicho sistema, el notario era un funcionario público que carecía de la función de asesoramiento.

No obstante, la caída del muro de Berlín significó grandes cambios para los países comunistas, especialmente en términos jurídicos. En tiempos actuales, ya no resulta sostenible una sociedad donde no exista un estado de derecho constitucional que garantice los derechos fundamentales de las personas. Es por ello que actualmente muchos de estos países, entre los que se encuentran Cuba y China, han optado por el sistema del notariado latino (Di Castelnuevo, Ferrari, Llorens & Solari, 2010).

3.2.3. Notariado administrativo

A pesar de haber fracasado el sistema notarial de tipo estatista, se presentan amenazas en la actualidad de volver a ciertos rasgos de este tipo de notariado, como es el caso del notario administrativo. La característica de este sistema es que la función notarial es encargada a empleados públicos, remunerados por el Estado, sin permanencia fija en el cargo, por cuanto pueden ser cesados por las mismas razones que cualquier otro funcionario público. En países con gobiernos totalitarios, sin respeto a la democracia, la imposición de un notariado bajo las características del notario administrativo impide que se alcance el ejercicio de la función en forma imparcial y autónoma.

3.2.4. Notariado latino

Es el sistema vigente en la actualidad en la mayor parte del mundo y en los cinco continentes. El notariado latino se desarrolló en los países cuyo modelo jurídico es de origen romano-germánico, especialmente en España y Francia. Durante la Conquista, se estableció a lo largo de casi todo el continente americano: desde los Estados de Quebec en Canadá y Luisiana en los Estados Unidos de América, hasta América del Sur.

Jurídicamente, el calificativo “latino” se aplica a los sistemas influenciados por el Derecho romano, que no necesariamente corresponden a los pueblos de ascendencia latina (como Alemania, Japón, Rusia o Turquía). Dada la universalidad del notariado latino, el empleo del término ha sido frecuentemente objeto de controversia, al considerarse impreciso (Arredondo, 2000-2001, p. 20).

La principal característica de este sistema es que el notario es un profesional del Derecho que, por delegación del Estado, cumple

una función pública. Esta consiste en recibir, interpretar, y dar forma legal y autenticidad a los hechos y actos jurídicos que las partes solicitan. Además, conserva los documentos resultantes, que publicita a través de la forma y circunstancias que la ley establece. El acceso al notariado se encuentra restringido y regulado por el Estado, el cual dota de fe pública. Su función es imparcial, no se encuentra sujeta a ningún poder público, aunque sí está fiscalizada (ibídem, p. 26).

Un aspecto de particular singularidad radica en el carácter de la función del notario latino, ya que este la ejerce sin ser propiamente un servidor público. Bielsa distingue entre la “función pública”, correspondiente a lo abstracto y general, y el “servicio público”, relativo a lo concreto y particular. Asimismo, discrimina el concepto de servicio público “propio” del “impropio”. Sostiene que, en el primer caso, el Estado realiza el servicio cuando se atribuye dicha función y la presta –o la debe prestar–, ya sea directamente o por concesionario. Se da el segundo caso cuando el servicio satisface necesidades colectivas, pero el Estado lo libra a la iniciativa particular, si bien bajo la reglamentación que él establece (1996, p. 463). Bajo tales preceptos, el notario latino es un profesional independiente, pues no se encuentra en la carrera de los profesionales públicos. Sin embargo, su actuación de naturaleza privada puede calificarse como un servicio público, por cuanto en su ejercicio están comprometidos fines universales vinculados a la seguridad y a la paz social en general.

La función del notario latino es única. Esta se integra por una actividad pública, derivada de una delegación del poder estatal, que consiste en dar fe del contenido del documento que el notario redacta, y una actividad privada, de asesoramiento, consejo, información y asistencia a los particulares. Por consiguiente, en todas las legislaciones contemporáneas que regulan la función, el notario

es considerado como un profesional liberal o privado que ejerce una función pública. Esto es así porque se le atribuye al notario funciones propias de una actividad profesional, entre las que se cuentan las siguientes:

1. Asesora, orienta, e informa a los particulares los efectos y consecuencias del acto o los contratos que celebren ante él o en los cuales se solicite su intervención.
2. Es un profesional independiente que ejerce una función indelegable a la que accede, luego de haber sido calificado en proceso de selección riguroso.
3. Pertenece a una Organización Colegiada que supervisa el ejercicio de su función.
4. Asume responsabilidad civil, penal y administrativa por incumplimiento de sus funciones.
5. Está obligado a guardar el secreto profesional.
6. Percibe honorarios directamente de los particulares que acuden ante él.

Así, el modelo notarial latino tiene como pilar la escritura pública, que es un documento que contiene fuerza ejecutiva y constituye una prueba privilegiada en cualquier controversia, ya sea entre particulares, frente a las autoridades o inclusive ante el Poder Judicial.

Otra característica esencial de la actuación notarial es la abstención ante el conflicto. La unanimidad del consenso de los intervinientes en los actos y contratos celebrados es indispensable para la legitimidad de la actuación notarial, así como en la tramitación de los asuntos no contenciosos en los cuales ha recibido competencia de forma expresa. Es importante tener presente que aun en el caso

en que los intervinientes tengan intereses en conflicto, estos deben coincidir en la aceptación del notario para los fines que estimen convenientes.

Asimismo, el notario cumple una misión jurídica de intermediación directa con los requirentes: es el profesional idóneo para comprender los problemas de las personas, conocer su voluntad, asesorar y proponer la forma legal prevista para traducirla al Derecho. Esta es incorporada en el documento público que extiende, el cual está investido de la seguridad y certeza suficientes para garantizar su cumplimiento por parte del Estado y terceros. Por ello, la función notarial permite la integración de la voluntad de las personas al Derecho.

Además, la función notarial posee una naturaleza creadora, por cuanto produce un texto adecuado a la solicitud del requirente. Esta es posible al momento que la persona expone al notario su voluntad, en forma libre y espontánea, con el objeto de que este otorgue forma jurídica al documento, el cual debe tener carácter de obligatorio para los requirentes y oponible para los terceros.

En términos generales, el notario tiene la obligación de asesorar a los requirentes, informándoles sobre los alcances de los dispositivos legales, y las consecuencias e implicancias de las normas jurídicas. Es en mérito de este asesoramiento que colabora con la protección de las personas más vulnerables de la sociedad o de aquellos menos informados respecto de las consecuencias jurídicas de sus actos. Las personas que acuden al notario suelen encontrarse en situaciones y necesidades cotidianas, ya sea en el ámbito personal o familiar, ya sea en temas de índole patrimonial o extrapatrimonial. Entre los más comunes, se encuentran los relacionados a la seguridad de su patrimonio, la preocupación por los miembros desprotegidos de la

familia, la incorporación de nuevos miembros a esta, el derecho a la procreación, y la conservación de sus bienes o la salud.

En su quehacer cotidiano, el notario toma conocimiento directo de las personas en situaciones no legisladas o no comprendidas en el ordenamiento legal, necesidades presentes en una realidad que evoluciona, a un paso más acelerado que la actividad legislativa. De esa forma, el notario de tipo latino, que desarrolla su actividad en contacto directo con las personas, se familiariza con la realidad económica y social de su entorno. Al redactar un documento que incorpore al Derecho la voluntad de la persona adecuada al ordenamiento vigente, cumple una función creativa que le garantiza a esta el desarrollo de sus derechos fundamentales y el respeto a su dignidad.

Así, el notario es un jurista que no se limita a la aplicación del dispositivo legal, ni asume un rol de espectador respecto de la solicitud de formalización de los requirentes o de la propia legislación vigente. Por el contrario, en su condición de intérprete de la voluntad de las personas, favorece la práctica del derecho natural, que se identifica con el deseo de justicia y equidad.

Es importante resaltar que el notario latino es un gran colaborador del desarrollo económico, especialmente al otorgar seguridad jurídica en los actos y contratos que se formalizan ante él. Cumple una labor esencial para el acceso a la vivienda de los sectores más pobres de la población, a través de contratos de adquisición de propiedad a bajo costo, así como mediante la constitución de hipotecas que faciliten la intervención de las entidades bancarias. Asimismo, posibilita la circulación de los documentos de Derecho Privado y Derecho Público, pues –más allá de la aplicación del Convenio de la Apostilla– el contenido y formalidad de los documentos emitidos por

un notario latino pueden ser identificados, interpretados y aplicados con mucha facilidad por cualquier notario de otro país, debido a las garantías que los caracterizan. Además, contribuye a la paz social al ejercer funciones en los procesos de jurisdicción voluntaria en los que el Estado le otorga competencia. De ese modo, descongestiona las labores del Poder Judicial y procura a los requirentes un proceso rápido, justo y seguro, a bajo costo para los interesados y sin costo alguno para el Estado.

La función notarial de control de la legalidad le permite también negarse a prestar sus servicios cuando, a su juicio, todos o algunos de los otorgantes carezcan de la capacidad necesaria para el acto o contrato que pretendan celebrar; cuando no se cumplan con las estipulaciones legales que resulten de aplicación; o cuando, en todo o en parte, considere afectados los valores morales o las buenas costumbres.

Finalmente, el documento notarial es un documento auténtico, como una consecuencia de haber sido emitido por el notario investido de la facultad otorgada por el Estado de dar fe.

3.3. El notario latino frente a los derechos humanos

La relación entre los derechos humanos y el notariado latino dio origen a la creación de la Unión Internacional del Notariado Latino⁽¹⁸⁾ a mediados del siglo XX. Su fundación se llevó a cabo en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino –que contó con representantes de 19 países–, celebrado en Buenos Aires, el 2 de octubre de 1948, a pocos meses de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

(18) Luego omitiría la última palabra, para quedar como Unión Internacional del Notariado. No obstante, las siglas, UINL –forma en que se nombrará la institución de ahora en adelante– se mantuvieron.

Los estatutos de origen se aprobaron mediante la forma de «Carta», aunque recién fueron adoptados oficialmente dos años después, el 21 de octubre de 1950, en el Congreso celebrado en Madrid. En el Acta de Fundación, la UINL recoge sus principios y pide a todos los países miembros que publiquen, difundan y comenten su texto, al incorporarlo al quehacer notarial.

La UINL se autodefine como

(...) una red mundial con una ambición común: estar al servicio de una sociedad más justa, más humana, más armoniosa (...). La Unión Internacional del Notariado es una organización no gubernamental internacional, instituida para promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo (UINL, 2005).

Se encuentra organizada a través de un Consejo General de ciento sesenta miembros, y comisiones continentales e intercontinentales. Actúa en el ámbito científico y promueve la investigación. Estratégicamente, ha creado comisiones y grupos de trabajo que llevan a cabo jornadas de estudio y seminarios en el ámbito continental o intercontinental con el objeto de cumplir con sus finalidades. Entre estas, destacan facilitar las relaciones entre los notarios de los diferentes notariados miembros para intercambiar información y experiencias relativas al quehacer profesional, y la promoción de los principios fundamentales del sistema de notariado latino.

En el convencimiento del compromiso de la función notarial con rol vigilante y protector de los Derechos Humanos, la UINL creó en el 2011 la Comisión de Derechos Humanos, que tiene las siguientes obligaciones:

- a) Fomentar el desarrollo y la promoción de la imagen del “notario-garante de los derechos de la persona humana”.
- b) Recordar a los notarios que en su función notarial tienen por misión la prevención de conflictos y la defensa del equilibrio contractual, consecuencia ineludible del acto notarial.
- c) Hacer respetar los derechos de la persona humana, por ser relevantes del derecho contractual en relación con el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre⁽¹⁹⁾.
- d) Fomentar la creación de legislación y reglamentación tendiente a la prevención de litigios y dificultades contractuales. Todo ello para contribuir a la paz social y al respeto por la persona humana (Crespo, 2004, p. 106).

La Comisión reafirma el apego de los notarios a los derechos de las personas en el ejercicio de su función, mediante la prevención de los conflictos en las diversas actividades del hombre, tanto en el plano personal, familiar como mercantil. El notario se encuentra comprometido con los numerosos derechos de las personas reconocidos en las Convenciones Internacionales, anteponiendo el respeto a la dignidad humana desde el inicio de la vida hasta la muerte, la libertad contractual, la libertad de la persona, el ejercicio de la autonomía y el desarrollo de la libre personalidad en el proyecto de vida, diseñado por cada individuo durante el trayecto de su existencia.

Por otro lado, la UINL se encuentra acreditada ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la UNESCO, la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Consejo de Europa,

(19) “Art. 10.- Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y/o para el examen de cualquier acusación contra ella misma en materia penal”.

la Unión Europea, la Organización de Estados Americanos (OEA), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TICAN), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la Comunidad Andina, así como en instituciones jurídicas como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), la Unión Internacional de Abogados (UIA), la Unión Internacional de Magistrados (UIM), la International Law Association (ILA) y la International Bar Association (IBA) (El notario, 2010)⁽²⁰⁾.

La función activa que cumple el notariado presente y actual que se ha descrito confirma su compromiso con los derechos fundamentales de la persona y el respeto de su dignidad. La ONU lo habilita para contribuir en sus programas de trabajo, al tomar en cuenta sus expertos técnicos, consejeros y asesores, así como sus múltiples agencias especializadas. Así, la UINL ha cumplido un rol efectivo en el Notariado en el mundo, al fomentar el estudio, la capacitación, el intercambio de experiencias, la inclusión de nuevas funciones y la actualización del ejercicio de la función a las necesidades actuales de la sociedad. Todo ello ha permitido al notario permanecer como un agente de Derecho necesario y útil para el Estado y los ciudadanos.

Las ventajas del sistema del notariado latino radican en las garantías que ofrece al respeto de los derechos fundamentales de la persona y su dignidad. Entre otras cosas, favorece el ejercicio del valor

(20) Mención especial merece el hecho de que el Consejo General del Notariado creó en 1999 la Fundación AEquitas, para la mejora de la protección jurídica de colectivos necesitados de protección. La Fundación brinda asesoramiento sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar de las personas más vulnerables, y presta servicio de asesoramiento a los ciudadanos en general, en cuestiones relativas a su protección social, legal y económica (El notario, 2010).

justicia, y la igualdad y libertad de los contratantes, así como promueve la paz social y la seguridad jurídica preventiva, al otorgar veracidad, certeza y autenticidad en la contratación de los particulares.

3.4. Función notarial desde una perspectiva económica

El sistema del notariado latino tiene una importancia estratégica en el desarrollo económico de los países que lo integran, por cuanto protege la igualdad de las personas, al proporcionarles un asesoramiento gratuito; reduce los trámites; y, finalmente, evita los litigios, aliviando la costosa carga que significa para el Estado sostener los costos del aparato judicial. Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la globalización en la economía mundial nos obliga a plantear una breve reflexión del rol colaborador que cumple el notario latino en el ejercicio de su función (Arruñada, 1995).

El proceso de globalización en el que nos encontramos tiene que ser visto desde la perspectiva de las grandes contrataciones con el exterior, pero también en función a asegurar la inclusión de las personas más vulnerables, o aquellas que cuentan con menos recursos económicos. A través de la aplicación de los tratados de libre comercio que caracterizan la globalización, se deben garantizar los mismos derechos y oportunidades. En consecuencia, es preciso realizar, al interior de cada sociedad, una función informativa, asesora y formalizadora que asegure a los pobres acceder, en las mejores condiciones, a las oportunidades que ofrecen los mercados globales. Ello significa darles una opción a participar, en igualdad de condiciones con los inversionistas extranjeros, de los beneficios que genera la explotación de nuestros recursos naturales y fiscalizar las actividades que ocasionan daños ecológicos en su entorno. Asimismo, se resolverían los conflictos sociales que se dan entre las grandes empresas y las poblaciones excluidas.

La internalización de las normas jurídicas dentro del proceso económico ha permitido advertir las ventajas que tiene este sistema notarial en la seguridad de las contrataciones. Los requisitos exigidos para alcanzar la legalidad no constituyen impedimento alguno con la celeridad que exigen actualmente las operaciones contractuales. Gómez Taboada, quien retoma planteamientos de Paz-Ares, justifica la intervención notarial desde la perspectiva económica, al señalar que

(...) la labor fundamental (Paz – Ares) del notario, desde el punto de vista económico es la función de ejecutor del derecho, pues las partes, cuando acuden al notario lo hacen, principalmente, con la finalidad de reducir la incertidumbre y asegurarse el cumplimiento de sus expectativas y la ejecución de su derecho en el caso de que la otra parte – tratándose de un contrato– no cumpla. Los hechos quedan probados y el derecho establecido prima facie. Esta es, en definitiva, la base del privilegio ejecutivo (2000, p. 33).

3.5. El notario latino: función de futuro

En este breve resumen de la historia del notariado, ha quedado claro que sus orígenes tienen por sustento la necesidad de implantar sistemas de seguridad jurídica más ágiles que el tradicional recurso del aparato judicial. La función pública del notario se encuentra ligada, a la profunda reforma social y económica de la Baja Edad Media, vinculada al incremento comercial, y que exigía superar la prueba de la existencia del negocio a la prueba testimonial y la ya mencionada intervención judicial.

En momentos de gran intercambio internacional, donde todo se mide y se compara en términos de eficiencia, las instituciones jurídicas que sobreviven son aquellas que han demostrado eficacia económica y seguridad, que es la única forma de evitar los riesgos

de la incertidumbre. El notariado ha sobrevivido porque es eficaz desde el punto de vista económico; su valor se encuentra en lo preventivo por oposición a lo represivo. El notario es el funcionario imparcial que asesora en forma independiente a las partes, sin tener favoritismo hacia una de ellas; su compromiso es con la verdad y la legalidad. Además, informa acerca de cuál es el camino legal para conseguir un resultado lícito de la voluntad de los otorgantes, tanto en los ámbitos comercial y mercantil, como en el familiar. La función pública notarial ha sabido adaptarse a los cambios derivados de la globalización, los avances de la ciencia y la tecnología, por lo que la actualización constante de la persona del notario es un imperativo categórico para asegurar la vigencia de dicha institución.

La función notarial, actualmente, cuenta con el apoyo informático dentro de la oficina notarial y las conexiones tecnológicas que permiten actualizar las comunicaciones modernas a la distancia. La información que capta el notario, a través de la prestación de sus servicios, le permite colaborar con el Estado en la difícil tarea del control del blanqueo de capitales, el pago de los impuestos, la prevención de actos delictivos relacionados con el tráfico de inmuebles, entre otros. Adicionalmente, los documentos notariales no se agotan con la existencia del notario; pasan a ser de propiedad del Estado, que luego del cese de aquel, encarga su custodia al Archivo de la Nación. De esa forma, se garantiza que los documentos no sean destruidos ni alterados.

El modelo de notariado latino, con los lógicos matices que existen en cada uno de los países que lo han adoptado, ratifica que es el sistema notarial que estará presente en el desarrollo de la globalización y la historia de la humanidad de los próximos siglos. Por consiguiente, en las diversas legislaciones, se viene ampliando el ámbito de competencia notarial, encomendándoles cada vez mayor número de procesos no contenciosos, así como funciones en calidad de árbitro, mediador y conciliador.

CAPÍTULO IV

El notariado en la legislación peruana: recuento histórico

Desde mediados del siglo XX, el notariado peruano se encuentra adscrito al sistema del notariado latino. Como ocurre con cada uno de los países miembros que integran la Unión Internacional del Notariado Latino, existen principios y normas comunes entre ellos, pero es innegable que cada notariado se encuentra impregnado por su propia realidad histórica. El sistema jurídico general solo es la base que sustenta el desarrollo particular del notariado de cada país. La vinculación del notario con otros poderes del Estado también ha sido determinante para definir su nombramiento, supervisión y vigilancia, así como la autonomía en el ejercicio su cargo. De ese modo, la función y competencia del notario peruano en la actualidad es el resultado de un proceso histórico que se ha ido diseñando con el devenir de los años. Por ende, una revisión del proceso de la historia del notariado en el Perú permitirá conocer mejor la situación actual.

En el presente capítulo, se examinarán los dispositivos legales que han regulado la función notarial a lo largo de la República. Para ello, se presentará el marco legal en que se rige el notario durante el siglo XIX. Posteriormente, se analizarán los aspectos más importantes de la primera Ley del Notariado del siglo XX. Más adelante, se precisará la importancia de diversos dispositivos legales

de fin de siglo: el Decreto Ley 22634, el Código de Ética del notario, el Decreto Ley 26002 y la Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, Ley 26662. Por último, se realizará un balance de los aciertos y limitaciones del Decreto Legislativo 1049.

4.1. El notariado en el siglo XIX y el Código de Enjuiciamientos Civiles

A partir de la Independencia y, posteriormente, durante todo el siglo XIX, la imagen del notario estuvo vinculada a los escribanos del Poder Judicial. El primer código promulgado para regular los procesos judiciales en el Perú fue el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, el cual derogó definitivamente las disposiciones heredadas de la época colonial.

Este código adjetivo, cuyo Título Quinto contiene las disposiciones pertinentes a los escribanos nombrados por la Corte Superior de cada distrito judicial, señala las competencias de cada uno de ellos⁽²¹⁾. El art. 213 reconoce cuatro clases de escribanos, según las funciones de su competencia: escribanos de cámara, escribanos públicos o de instrumentos, escribanos de Estado o de actuación, y escribanos de diligencias. En el caso de los escribanos públicos, además de los requisitos exigidos a todos los escribanos, debían estar graduados al menos como bachilleres en Derecho.

(21) Los escribanos eran funcionarios nombrados por el Gobierno a propuesta de la corte respectiva, según lo dispuesto en el art. 214. Los requisitos para acceder a dicho cargo se encuentran señalados en el art. 215:

“Para ser escribano se requiere:

- 1° Ser peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio
- 2° Tener buena conducta comprobada, aunque se haya obtenido rehabilitación.
- 3° Tener buena letra.
- 4° Haber sido examinado y aprobado por la corte respectiva en las materias correspondientes al desempeño de su cargo; y haber prestado el juramento de ley:
- 5° Haber dado las fianzas que le corresponden”.

El Código de Enjuiciamientos establecía que el cargo de escribano era de naturaleza personal; las obligaciones de su cargo y las atribuciones anexas a su clase eran de su exclusiva responsabilidad, tal como las costas, los daños y los perjuicios que causen por su culpa. A toda falsificación en documento en el que interviniera un escribano, procedía su suspensión y sometimiento a juicio. Asimismo, las obligaciones de los escribanos públicos relacionadas a la extensión del testamento, las demás escrituras, la forma de llevar los libros y la reserva del testamento, lo obligaban a llevar registros especiales, archivar minutas, prestar manifestaciones de los documentos públicos y mantener la reserva de las disposiciones testamentarias mientras viva el testador (art. 228).

4.2. Ley 1510: la primera Ley del Notariado del siglo XX

A inicios del siglo XX, en el periodo de la República Aristocrática, se produjeron importantes cambios en el ámbito procesal que trajeron como consecuencia la primera ley peruana reguladora del notario y su función⁽²²⁾. El trabajo realizado por el Comité de Reforma Procesal –que tuvo el mérito de ser convocado por la iniciativa privada– revisó y actualizó las normas contenidas en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, que fue modificado al dividir y separar las materias en tres ordenamientos diferentes: el Código de Procedimientos

(22) Según opina Gunther Gonzales, “las normas generales sobre el notariado en el Perú se han dictado en situaciones de crecimiento de la inversión y de sensación, por lo menos, de prosperidad. La primera Ley del Notariado (No. 1510) se da en 1911, dentro del periodo histórico llamado de la República Aristocrática, y en la que el Perú se conecta a los mercados mundiales capitalistas. Otro tanto surge con la segunda ley, de 1992 (Dec. Ley N° 26002), que se promulga dentro de las reformas neoliberales que pretendieron fomentar la inversión privada luego de los experiencias estatistas anteriores. Por último, la tercera ley, dada hace pocos días [Decreto Legislativo 1049], se inserta una vez más dentro de un periodo de crecimiento económico, de reformas y globalización, específicamente por causa del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos” (2015, p. 3).

Civiles, que contenía las disposiciones procesales; la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecía las funciones, facultades, competencia y jurisdicción de los jueces, salas y tribunales del Poder Judicial; y la primera Ley del Notariado, que regulaba, por primera vez, la función del notario y del notariado en forma autónoma del Poder Judicial. Los tres proyectos fueron sometidos a sanción por el Poder Ejecutivo en la legislatura de 1909, durante el gobierno del presidente Augusto B. Leguía. Aprobados con fecha 15 de diciembre de 1911, se encontraron vigentes desde el 28 de julio de 1912.

La primera Ley del Notariado, aprobada por la Ley 1510, estuvo vigente por casi un siglo⁽²³⁾. En aquella época, si bien el notario y la función notarial comienzan a definir su autonomía respecto a otras autoridades judiciales, se mantiene una íntima vinculación con el Poder Judicial, por cuanto el nombramiento, las sanciones, las suspensiones, la destitución y el cese del notario, así como la vigilancia en el ejercicio del cargo, dependían de la Corte Superior. No obstante, dicha norma introdujo y consolidó definitivamente la denominación de “notario”, distinta a la de escribano, que hasta ese entonces se había utilizado para designar a aquellos que cumplían la referida función.

La Ley 1510, Ley del Notariado, constaba de un total de noventa y dos artículos, divididos en ocho títulos. Se reseñarán, a continuación, los aspectos más destacados de la norma.

4.2.1. Definición y requisitos de acceso a la función notarial

En el Título I, se describe la función notarial en términos simples: los notarios dan fe de los actos y contratos que ante ellos se practiquen

(23) Durante este periodo, tuvo algunas modificaciones parciales, hasta que fue totalmente derogada con la promulgación del Decreto Ley 26002, con fecha 27 de diciembre de 1992.

o celebren. Los requisitos de ingreso perfilan el profesionalismo de la función notarial. Así, el art. 4 exigía ser abogado, doctor o bachiller en jurisprudencia, como ser peruano y ciudadano en ejercicio. A su vez, el art. 5 contemplaba la posibilidad de que, a falta de los profesionales mencionados, se nombrasen como notarios a personas que cumplan con los siguientes requisitos: presentar certificados de haber sido examinado y aprobado en los cursos que comprende la segunda enseñanza; haber sido examinado y aprobado por la Corte Superior en las materias correspondientes al desempeño de su cargo; haber practicado en la oficina de un notario por dos años, contados desde que se dé el aviso prescrito en el artículo siguiente. Disposición similar no existirá más después de esta ley; sin embargo, resulta interesante rescatar de ella que la función notarial no es equivalente a la del abogado, pues el notariado es un arte y oficio que se adquiere con la práctica de la función. Para ello, sin duda, el conocimiento en materias de Derecho es un requisito, pero por sí solo no resulta suficiente para garantizar un adecuado desempeño.

4.2.2. Número clausus

El número de notarios era fijado por la Corte Superior y este no podía “exceder de tres en las capitales de provincia; de seis, en las de departamento o provincia litoral; y de veinte, en la capital de la República”.

4.2.3. Ejercicio de la función notarial

Los notarios se encontraban prohibidos de ejercer la abogacía y ser apoderados en juicio, salvo en casos de parientes cercanos y/o en causa propia⁽²⁴⁾. El Título II de la Ley 1510 detalla los requisitos

(24) Cabe resaltar que este mismo requisito existía en el caso de los jueces.

del notario en la forma de llevar los registros. En el Título III, se describen las formalidades en la extensión de las escrituras públicas, la comparecencia y capacidad de los otorgantes, los requisitos y la actuación de los testigos, así como los registros de las minutas y la nulidad de las escrituras. El Título IV contiene disposiciones especiales en el caso de la facción del testamento por escritura pública y el cerrado, entre las cuales se encuentra la comunicación especial que realiza el notario a la Corte Superior de cada testamento cerrado que extienda en los primeros ocho días de cada mes o una declaración jurada de no haber autorizado ningún testamento.

El Título V contiene disposiciones especiales para el caso del otorgamiento y sustitución de poderes, tanto los extendidos por escritura pública –en cuyo caso, era obligatoria la presentación de minuta⁽²⁵⁾– como los que se encuentran fuera de registro. El Título VI describe las formalidades de los traslados de sus registros que extiende el notario a los interesados, es decir, los testimonios y las boletas⁽²⁶⁾. El Título VII contiene un solo artículo referido a las protocolizaciones de instrumentos y expedientes judiciales. Finalmente, el Título VIII contiene disposiciones especiales referidas a los protestos.

4.3. La regulación integral del notario y la función notarial a finales del siglo XX

Es probable que los diversos acontecimientos políticos de la República, desde comienzos del siglo XX hasta la década de 1980

(25) Ello fue modificado a partir del Decreto Legislativo 26002, que establece en el inciso a) del art. 58 que no es exigible la minuta en los casos de «otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del mandato».

(26) En las normas posteriores que regularon la función notarial, se introdujeron otros traslados como los partes que se dirigen a las oficinas registrales para la inscripción de los títulos y las boletas que son un extracto de las escrituras públicas.

–principalmente debido a las sucesivas interrupciones de la democracia por los gobiernos militares–, hayan impedido el desarrollo de la función notarial en el Perú. La ausencia de democracia, así como el ejercicio tímido de una división de poderes, posiblemente limitaron el ejercicio pleno de las instituciones jurídicas del Derecho, entre las que se encuentra el notariado.

No obstante, a finales del siglo XX, se promulgaron diversos dispositivos legales que tuvieron como objetivo regular la función notarial bajo parámetros más actualizados, y acordes a una sociedad moderna y globalizada. Nos referimos, de modo particular, al Decreto Ley 22634, el Código de Ética del Notario Decreto Supremo 015-85-JUS, la Ley del Notariado (Decreto Ley 26002) y la Ley 26662, que otorga competencia notarial en la tramitación de asuntos no contenciosos.

4.3.1. Decreto Ley 22634

La promulgación del Decreto Ley N° 22634, dictado el 14 de agosto de 1979 por el presidente de la República, Francisco Morales Bermúdez, coincide con la entrada en vigencia de la Constitución del Estado de 1979. Esta señalaba que el Poder Judicial únicamente debía ocuparse de la administración de justicia, de tal forma que quedaba excluido de supervisar la función notarial. En aquellos años, al término del gobierno militar, se consideraba necesaria la reforma total de la Ley del Notariado. Sin embargo, dada la carencia de un plan general y teniendo en cuenta la demora en la conclusión del proyecto integral trabajado por la Comisión Oficial, se promulgó la presente ley con el objeto de implementar las reformas de aplicación inmediata propuestas por dicha comisión. A pesar de solo tratarse de modificaciones parciales, estas fueron muy importantes para el notario y el notariado. A continuación, señalamos las más importantes innovaciones.

4.3.1.1. Acceso a la función

El Decreto Ley 22634 introduce el concurso público y de oposiciones como único medio de acceder a la función notarial, estableciendo la configuración de un jurado mixto de autoridades del Poder Judicial, el Colegio de Abogados y el Colegio de Notarios.

4.3.1.2. Incremento del número de notarios

El art. 4 del mencionado Decreto Ley incrementó el número de notarios para la capital de la República, que aumentó de veinte a cuarenta.

4.3.1.3. Ejercicio de la función notarial

El Decreto Ley 22634 ratifica la función fedante del notario, al eliminar la necesidad de la presencia de testigos en aquellos actos y contratos en los que este intervenga. Con ello, ratifica la autenticidad que otorga el notario por sí solo, salvo los casos de testamentos en que la norma mantiene tal obligación.

Asimismo, el art. 7 estableció por primera vez los casos en que el notario se encontraba facultado para extender una escritura pública, exceptuado de la obligación de presentar minuta previa: a) otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia de mandato; b) renuncia de la nacionalidad; c) nombramiento de tutor y curador, en los casos en que pueda hacerse por escritura pública; d) nombramiento o sustitución de albacea; e) reconocimiento de hijos; f) adopción de mayores de edad; g) autorización para el matrimonio de menores de edad, otorgada por quienes ejerzan la patria potestad; h) renuncia de herencia; e, i) declaración jurada de bienes. Finalmente, el art. 8 del Decreto Ley 22634 autorizó el uso de guarismos, letras y fórmulas técnicas en las escrituras públicas, que la antecesora Ley N° 1510 prohibía.

En general, se puede concluir que el Decreto Ley 22634 tiene el mérito de ser la norma que fortalece la función notarial ante el regreso de la democracia a la República del Perú, ya que perfila la figura del notario como profesional independiente, que ejerce una función pública en mérito a sus capacidades y conocimientos. Del mismo modo, desarrolla la responsabilidad social del notario, al reconocer, estableciendo la posibilidad de formalizar diversos actos sin minuta, vinculados a los derechos de la persona y sucesorios, la inmediatez con la que cumple su función.

4.3.2. El Código de Ética del Notariado Peruano: Decreto Supremo 015-85-JUS

La década de 1980 se caracterizó por grandes cambios en el sistema jurídico del Perú. La promulgación de la Constitución Política del Perú, aprobada por la Asamblea Constituyente en el año 1979, dejó establecido el marco constitucional a ser implementado en las actividades de los diversos sectores a nivel nacional. En efecto, el Código Civil de 1936 fue derogado a los pocos años por un nuevo cuerpo legal adecuado a la Constitución de 1979. El nuevo Código Civil promulgado en 1984 se mantiene vigente hasta la fecha, a pesar de haberse dado algunas modificaciones, especialmente en temas de matrimonio, divorcio, filiación y unión de hecho, que incluso han afectado la regulación de los derechos sucesorios.

Según el contexto constitucional y legal antes mencionado, resultaba imperativo que el notariado nacional reafirmara su compromiso con los valores y principios reconocidos en la Carta Magna, así como en el Título Preliminar del Código Civil y demás dispositivos de su contenido. Ante este panorama, fue una consecuencia natural la promulgación del Código de Ética del

Notariado Peruano, publicado durante el gobierno del presidente Belaúnde, mediante Decreto Supremo N° 015-85-JUS. El dispositivo fue promulgado el 24 de julio de 1985 y es hasta la fecha el único Código de Ética que ha regulado, desde una perspectiva axiológica, la función notarial. A continuación, se reseñarán algunos de los puntos más relevantes del mencionado documento.

4.3.2.1. Principios que orientan la actuación del notario

El Código de Ética consta de siete artículos y una Disposición Transitoria. Conforme lo reconoce en su art. 1, contiene un “conjunto de preceptos de carácter moral vinculados con el ejercicio de la función notarial”. Además, establece los principios que orientan la función profesional del notario: “a) Veracidad; b) Honorabilidad; c) Objetividad; d) Imparcialidad; e) Diligencia; y f) RESPETO A LA DIGNIDAD Y DERECHOS DE LAS PERSONAS, A LA CONSTITUCION Y A LAS LEYES”. Los Colegios de Notarios tienen la obligación de vigilar su cumplimiento.

4.3.2.2. Deberes del notario

En lo que respecta a los deberes del notario señalados en el art. 5, estos pueden clasificarse en los siguientes rubros:

- 1) Los referidos a su capacitación y profesionalismo: a) conocer y cumplir las normas jurídicas, en especial las que regulan sus funciones, y los actos y contratos en los que interviene; y, b) estudiar en forma permanente para obtener la adecuada capacitación.
- 2) Referidos al ejercicio de sus funciones: c) asistir en forma regular al oficio notarial, observando el horario señalado y la puntualidad en sus actuaciones; d) cobrar sus honorarios

de conformidad con el arancel⁽²⁷⁾; e) prestar el servicio profesional a cuantas personas requieran de su Ministerio, salvo lo dispuesto en el inciso c) del art. 6 de este Código.

- 3) Referidos a las relaciones con sus colegas, los Colegios de Notarios y demás autoridades: f) sufragar en las elecciones, votar en las reuniones institucionales y dejar constancia de sus opiniones discrepantes; g) aceptar cargos directivos, comisiones y prestar con dedicación su concurso personal para el mayor éxito de los fines colectivos del Colegio al que pertenece, de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, del Consejo de Notariado y Archivos, y de la Unión Internacional del Notariado Latino; h) guardar moderación en sus intervenciones verbales o escritas ante los organismos institucionales mencionados en el inciso anterior; i) observar en el trato oficial con el Decano y los miembros de la Junta Directiva del Colegio, así como con los demás colegas el respeto que merece su investidura, sin perjuicio de presentar las reclamaciones a las que estima tengan derecho; y, j) proporcionar los datos e informaciones que le soliciten su Colegio, el Consejo de Notariado y Archivos, o el Poder Judicial, que de acuerdo a ley pueda suministrar.

4.3.2.3. Derechos del notario

El art. 6 establece los derechos del notario. Entre estos se encuentran los señalados en el inciso c), relacionados al ejercicio de su función, que son los casos en los cuales el notario puede negarse a prestar sus servicios:

(27) El arancel fue derogado a partir de la imposición de la libre competencia en el mercado para todos los servicios.

- 1) En los actos y contratos contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres.
- 2) Cuando de algún modo se le cause agravio profesional o personal.
- 3) Cuando haya discrepancia respecto de la calificación jurídica del acto o contrato.
- 4) Cuando no se sufraguen los honorarios profesionales y gastos, en la oportunidad y forma que tenga establecido.

4.3.2.4. Actos del notario que afectan su ética

El art. 7 del Código establece taxativamente los actos del notario que afectan la ética del notariado.

Artículo 7.- Afectan la ética del Notario:

- a) La competencia desleal. Se consideran actos de competencia desleal:
 1. Obtener clientela cobrando honorarios inferiores a los establecidos en el arancel⁽²⁸⁾;
 2. Utilizar personas u oficinas, que fuera del oficio notarial se dediquen a captar clientela;
- b) La intervención y opinión en perjuicio de la calidad personal o profesional de otro colega;
- c) El incumplimiento de las disposiciones emanadas del Colegio;

(28) Ver nota anterior.

- d) Instalar en más de un oficio notarial toda clase de publicidad, por cualquier medio de comunicación social, con excepción de avisos escritos que se limiten a anunciar el nombre del Notario, su dirección y horario de trabajo;
- e) Toda clase de publicidad, por cualquier medio de comunicación social, con excepción de avisos escritos que se limiten a anunciar el nombre del Notario, su dirección y horario de trabajo;
- f) Usar artificios para actuar fuera de su circunscripción territorial;
- g) Gratificar para que se le recomiende o asigne trabajos;
- h) La transgresión de las normas del presente Código.

4.3.3. Decreto Ley 26002

Es recién el 27 de diciembre de 1992 que se logra la promulgación del Decreto Ley 26002, titulado Ley del Notariado. Esta es una norma integral que consta de ciento sesenta y un artículos, desarrollados en cuatro títulos, cada uno de ellos divididos a su vez en capítulos y secciones, una disposición transitoria y tres disposiciones finales. La normativa contiene la descripción minuciosa de la función del notario y su organización a nivel nacional. En los quince años de su vigencia, fue objeto de algunas modificaciones parciales.

Entre sus aspectos más resaltantes, se puede señalar la definición del notario.

Artículo 2.- 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 la ley de la materia⁽²⁹⁾.

El inciso b), art. 10 del Decreto Legislativo 26002 establece el título de abogado como requisito obligatorio para postular al cargo de notario. Queda así eliminada la posibilidad de acceso al notariado de quien no haya seguido estudios en Derecho.

Asimismo, el número de notarios fue uno de los temas de mayor discusión en la nueva legislación. El texto original fue modificado sucesivamente por diversos dispositivos, que aclararon y complementaron la forma en que se determinaría el número de vacantes a ser convocadas. El aumento del número de notarios y de las nuevas plazas notariales debía ser sustentado. Por ello, se creó una comisión técnica para determinar, de acuerdo a las condiciones demográficas, el volumen contractual, las necesidades de la población y el número de plazas que deberían ser cubiertas de conformidad con el presente dispositivo. El último texto vigente, a partir del 11 de enero de 1997, según lo dispuesto en la Ley 26741, estableció que “el número de Notarios será no mayor de doscientos en la Capital de la República; no mayor de

(29) Texto según 1era. Disposición Final de la Ley 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos) del 5 de septiembre de 1996, publicada el 22 de dicho mes.

cuarenta en las capitales de departamentos; y no mayor de veinte en las capitales de provincias, incluida la Provincia Constitucional del Callao”.

Por otro lado, los arts. 13 al 16 de la Ley 26002 establecen los deberes del notario, entre los cuales se encuentran la obligatoriedad de asumir el cargo en el plazo de treinta días siguientes a su incorporación al Colegio de Notarios que le corresponda, y la asistencia a su oficina “no menos de siete horas diarias de lunes a viernes”.

En cuanto a sus prohibiciones, además de las ya señaladas en anteriores dispositivos, el art. 17 del Decreto Ley 26002 incorpora en forma detallada las referidas a la vinculación del notario con personas jurídicas en forma personal, o de sus parientes más cercanos o cónyuge, así como también las referidas al ejercicio de cargos administrativos, de representación de personas jurídicas o de Derecho Público.

Esta disposición permite asegurar la imparcialidad del notario en el ejercicio de su función y resulta acorde con las prohibiciones exigidas a otras autoridades que ejercen un cargo público. Como se ha mencionado con anterioridad, si bien el notario no es un funcionario público, este ejerce una función pública, por lo que la prescripción de la ley resulta plenamente justificada.

Del mismo modo, el art. 19 del Decreto Legislativo establece algunos derechos del notario, como profesional independiente y autónomo que ejerce una función pública. Entre otros, estos son la inamovilidad en el ejercicio de su función; el goce de vacaciones, licencias por enfermedad o capacitación; y el reconocimiento de la autonomía de su función⁽³⁰⁾.

(30) Al mismo tiempo, está facultado a “negarse a autorizar instrumentos públicos contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres; cuando se le cause agravio personal o profesional o cuando no se le sufrague los honorarios profesionales y gastos en la oportunidad y forma establecida en el Arancel”.

Respecto al cese en el cargo, el art. 21 establece los requisitos causales: a) muerte; b) renuncia, desde que es aceptada; c) destitución impuesta conforme a lo previsto en el art. 154; d) haber sido condenado por delito doloso; e) pérdida de alguna de las calidades señaladas en el art. 10, declarada por la Asamblea General del Colegio de Notarios dentro de los 30 (treinta) días siguientes de conocida la causal; f) abandono del cargo, por no haber iniciado sus funciones dentro del plazo a que se refiere el art. 15; g) abandono del cargo, en caso de ser notario en ejercicio, por un plazo de 30 (treinta) días de inasistencia injustificada al oficio notarial; y, h) inhabilitación para el ejercicio de la función pública impuesta por el Congreso de la República de conformidad con los art. 99 y 100 de la Constitución Política.

La Ley 26002 también contiene una descripción detallada de los instrumentos públicos protocolares y sus registros, así como de los instrumentos públicos extraprotocolares. Además, desarrolla el tema de la nulidad de los instrumentos públicos notariales e incluye normas referidas a la organización del Notariado, entre ellas las disposiciones respecto de los Colegios de Notarios, la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú y el Consejo del Notariado. También, instaura un régimen disciplinario a cargo del Colegio de Notarios y del Consejo del Notariado, el cual incluye faltas específicamente detalladas, el procedimiento a seguirse y las sanciones que pueden imponerse.

Finalmente, el documento crea el Fondo Mutual del Notariado, integrado por todos los notarios de la República, que beneficia a aquellos notarios que por razones de edad o salud deban cesar en sus funciones, así como a sus deudos en caso de fallecimiento. La función asistencial del Fondo se encuentra plenamente justificada, si se tiene en cuenta que el notario no es un empleado de su propia planilla y que, por la naturaleza de su función, prácticamente se encuentra

impedido de prestar servicios en forma dependiente. Esto último es causa de que no tenga fácil acceso a las disposiciones laborales de previsión social que alcanzan a los trabajadores dependientes, a pesar de estar obligado a cumplir con sus funciones siete horas al día.

En conclusión, el Decreto Ley N° 26002 es una norma completa que detalla en forma minuciosa la actividad notarial, el acceso a la función notarial, las formalidades del ejercicio de la función, la disciplina, las faltas y las sanciones del notario. Del mismo modo, también establece la organización, las funciones y las competencias de las instituciones del Notariado peruano: los Colegios de Notarios, la Junta de Decanos y el Consejo del Notariado. Por último, también regula la vigilancia del notariado y el régimen disciplinario.

4.3.4. La competencia notarial en asuntos no contenciosos: Ley 26662

A partir de la promulgación de la Ley 26662, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 22 de setiembre de 1996, se estimó por conveniente ampliar la competencia notarial en el ámbito de la tramitación de asuntos no contenciosos. Antes de la publicación de esta norma, se presentaban dificultades de diversos tipos como los problemas en la identificación de las personas, ocasionados por errores u omisiones en el acta de nacimiento, o las transmisiones de bienes inmuebles no regularizadas por no haberse cumplido con formalizar la transmisión sucesoria. Además, los inmuebles destinados a la morada o sustento familiar raramente se protegían mediante la constitución de patrimonio familiar. Otra dificultad se generaba debido a los prolongados conflictos en la determinación del inventario de la masa hereditaria, lo que prolongaba la apertura de la sucesión y la consecuente partición de bienes entre los herederos. Por las razones anteriormente señaladas, el legislador determinó

que en aquellos casos en los que no existiera controversia, resultaba necesario entregarle la competencia alternativa a los notarios. De esa manera, estos se encargarían de tramitar, mediante un proceso no contencioso, aquellas materias en las que resultase importante formalizar un derecho que no había sido controvertido.

4.3.4.1. Asuntos no contenciosos de competencia notarial

En mérito al reconocimiento de la naturaleza de jurisdicción voluntaria, se amplió la competencia notarial, otorgándole facultades para tramitar, alternativamente al Poder Judicial, seis asuntos no contenciosos: rectificación de partidas, adopción de personas capaces, patrimonio familiar, inventarios, comprobación de testamentos y sucesión intestada⁽³¹⁾.

La tramitación notarial de los asuntos no contenciosos demostró que se cumplían con objetivos inalcanzables por el Poder Judicial, tales como la celeridad en el proceso, el cumplimiento de los plazos establecidos, la asesoría a los intervinientes, y el cumplimiento de la legalidad y seguridad; todo ello realizado sin costo alguno para el Estado y con satisfacción de los usuarios.

(31) En España, se viene discutiendo el Anteproyecto de Ley de la Ponencia de la Comisión de Codificación de octubre de 2005, el Proyecto de Gobierno de 27 de octubre de 2006 y el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Estos establecen que, si bien se encomienda a los notarios y registradores que asuman la competencia en los asuntos de jurisdicción voluntaria, este debería ser un régimen de alternabilidad, manteniéndose la competencia en el ámbito judicial. La propuesta amplía la competencia notarial en todos los asuntos no contenciosos, salvo en los de habilitación y nombramiento de defensor judicial, declaración de ausencia y fallecimiento, y conciliación, que se mantendría de competencia exclusiva de los Secretarios Judiciales. Consideran que “la competencia compartida, en régimen de alternabilidad de los Notarios y Registradores con los Secretarios Judiciales, no solo es muy ventajosa para los ciudadanos que podrán ponderar la elección del operador jurídico (...), sino que además evitará tensiones indeseables entre las distintas Profesiones” (Seoane Cacharrón, 2014, p. 58).

El éxito obtenido fue el principal promotor de que en los años siguientes se continúe incrementando la competencia notarial en nuevos procesos no contenciosos, antes de exclusiva tramitación en sede judicial. Señalamos, a continuación, los procesos no contenciosos que con normas posteriores se establecieron dentro de la competencia notarial, como vía alternativa a la judicial: separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia (Ley N° 29227, publicada el 16 mayo 2008), reconocimiento de unión de hecho (Ley N° 29560, publicada el 16 julio 2010), convocatoria a junta obligatoria anual (Ley N° 29560, publicada el 16 julio 2010) y convocatoria a junta general (Ley N° 29560, publicada el 16 julio 2010). Conforme puede advertirse, los primeros procesos no contenciosos, cuya tramitación fue encargada a los notarios, estaban relacionados directamente con el derecho de identidad de la persona, en el caso de rectificación de partidas; el derecho a conformar una familia, en la adopción de personas capaces; la protección de los bienes y el sustento de los integrantes de la familia, en la constitución de patrimonio familiar; la comprobación de existencia de bienes, en los casos en que el Código Civil exige el inventario (como para la determinación de los bienes que conforman la masa hereditaria); la designación de herederos, en el caso de la sucesión intestada; y la comprobación de testamentos, que podría contener además la disposición de bienes o disposiciones no patrimoniales de última voluntad, establecidas por el causante en el testamento.

En consecuencia, la participación del notario en los procesos no contenciosos obedece a un claro reconocimiento de la prioridad y urgencia que debe de otorgarse a los derechos personales y familiares. En estas disposiciones, se le reconoce como un profesional que cumple los requisitos suficientes para atender, conjuntamente con el Poder Judicial, la tramitación de procesos no contenciosos de forma

ágil y segura. Su participación garantiza que las personas accedan a la protección de su persona, sus bienes y el cumplimiento de su voluntad en la vía procesal correspondiente.

4.3.4.2. Requisitos formales

Además de las exigencias establecidas en los dispositivos que regulan la función notarial, así como las normas sustantivas y procesales que resultan de aplicación en la tramitación de cada uno de los asuntos no contenciosos, la norma ha previsto requisitos especiales establecidos en los arts. 5 a 14. El trámite se inicia por petición escrita de los interesados o sus representantes: el escrito debe contener nombre, identificación y dirección de todos los interesados, el motivo de la solicitud, el derecho que los asiste y el fundamento legal. La solicitud también debe llevar firma de abogado.

Asimismo, es indispensable el consentimiento unánime de los interesados. Si en cualquier momento de la tramitación alguno de ellos manifestara oposición, el notario debería suspender el proceso en el estado en que se encuentre y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad suya. Por el contrario, si transcurrido el plazo señalado en cada trámite, no hubiera mediado ningún tipo de oposición, el notario extiende la escritura pública correspondiente, en los casos en que la ley lo mande, e inserta las publicaciones respectivas.

La publicación de avisos referida en la presente ley se realiza una sola vez en el diario oficial y en otro de amplia circulación perteneciente al lugar donde se realiza el trámite o, a falta de diario en dicho lugar, en el de la localidad más próxima. Si fuera el caso, se observará lo dispuesto en el art. 169 del Código Procesal

Civil⁽³²⁾. En el aviso, debe indicarse el nombre y la dirección del notario ante quien se hace el trámite.

Ahora bien, mención especial merece el proceso notarial de separación convencional y divorcio ulterior. La Ley 29227 no ha previsto publicación alguna porque, a nuestro entender, se trata de una decisión de exclusiva voluntad de los interesados, que son los cónyuges. La publicidad a terceros se realiza recién al término del proceso, por lo que no cabe oposición de terceros. Sin embargo, lo que resulta más importante resaltar es que en este proceso, cuando se tramita en sede notarial, no se ha contemplado la posibilidad del desistimiento de uno de los cónyuges después de realizada la audiencia única (prevista en el art. 6 de la Ley 29227). De lo expuesto, podemos concluir que el consentimiento unánime de los interesados, en el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, alcanza solo hasta la audiencia única.

Por otra parte, los notarios de oficio pueden requerir a las autoridades la colaboración para obtener los datos e informes que les sean indispensables para la tramitación de los procesos no contenciosos. El mencionado funcionario está obligado a remitir la información solicitada, bajo responsabilidad, y las actuaciones que se protocolicen deben constar en acta notarial. Así, el documento notarial es auténtico y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

4.3.4.3. Registro notarial de asuntos no contenciosos

La Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 26662 crea el Registro Notarial de Asuntos no Contenciosos, en el

(32) El art. 169, titulado "Notificación por radiodifusión", señala las condiciones para la publicación de edictos, de oficio o a pedido de parte, por radiodifusión.

que constan las escrituras públicas, actas y protocolizaciones a las que se refiere la presente ley. Finalmente, otra novedad de la norma se encuentra en la Segunda Disposición Complementaria, que establece la posibilidad del notario de solicitar, al Colegio de Notarios al cual pertenece, el nombramiento de secretarios notariales de asuntos no contenciosos, para los efectos de las notificaciones que tiene dispuesta la norma en algunos de sus procesos. No obstante, en todos los casos, el notario asume la responsabilidad.

4.4. El Decreto Legislativo 1049

El Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado y la Función Notarial, publicado el 26 de junio de 2008, que derogó el Decreto Ley 26002, es actualmente la norma que regula la función notarial y el Notariado en general en el Perú. Este dispositivo fue promulgado por el Poder Ejecutivo gracias a las facultades especialmente delegadas por la Ley N° 29157, en circunstancias en que el Perú tenía como prioridad insertarse en el mercado internacional a fin de globalizar su economía. Con dicho objetivo, se dictaron diversos Decretos Legislativos que establecieron en los diversos sectores las medidas suficientes para facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su protocolo de enmienda, así como el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento⁽³³⁾.

(33) Literalmente, la norma que motiva su promulgación establece como objetivo adecuar las funciones notariales y “facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su protocolo de enmienda así como el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, encontrándose dentro de las materias comprendidas en dicha delegación la facilitación del comercio; la promoción de la inversión privada; el impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades; y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas”.

El objetivo del Decreto Legislativo 1049 era dotar a los notarios de las herramientas necesarias para que colaboren con el desarrollo del comercio y la promoción de la inversión privada, ya sea nacional o extranjera. Del mismo modo, se le consideraba un aliado para la formalización de la micro, pequeña y mediana empresa, de manera tal que estas participaran activamente en la nueva apertura del mercado internacional. El legislador reconoce en los considerandos del Decreto Legislativo 1049 que el notario garantiza “la seguridad de los actos y transacciones inscribibles”, por lo que considera indispensable, para facilitar el intercambio comercial, otorgarle facultades que le permitan utilizar la más avanzada tecnología.

El panorama político antes descrito fue determinante para que la norma jurídica tenga un desarrollo sesgado de la función notarial, orientada principalmente hacia las actividades comerciales y de formalización de personas jurídicas. Quizás, por ello, no hace mención alguna a todas las demás actividades que otros dispositivos legales, o incluso la propia naturaleza de su labor, determinan como parte de la función notarial. El Decreto Legislativo 1049, como lo reconoce Gunther Gonzales, “bien pudo concretarse en una reforma parcial de la anterior norma, pues en gran parte reproduce el contenido precedente en forma casi inalterable” (2012, p. 18). Las modificaciones introducidas por la nueva norma consisten prioritariamente en incluir nuevas herramientas de comunicación y de soporte tecnológico en los medios de comunicación para el ejercicio de sus funciones.

A pesar de no presentar cambios radicales, el Decreto Legislativo 1049 produjo malestar en los propios notarios, debido a la implementación de nuevas medidas en el proceso disciplinario y, principalmente, por haberse establecido el cese obligatorio a los 75 años

de edad. Los Colegios de Notarios de Puno, San Martín y Lima, con fechas 27 de marzo, 1 de junio y 23 de julio de 2009, respectivamente, plantearon una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 1049 ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelta a favor de los demandantes con fecha 6 de setiembre del 2010.

A continuación, se mencionarán los cambios más resaltantes que incorporó el Decreto Legislativo 1049.

4.4.1. Normas que regulan la función notarial

El art. 1 es llamativo por cuanto establece que la regulación de las funciones, atribuciones, y obligaciones de los notarios se rigen por la presente ley y su reglamento. Las anteriores leyes del notariado habían sido emitidas considerándose autosuficientes, ya que ninguna había hecho mención, desde su promulgación, a algún reglamento. Ello no corresponde a la práctica usual, pues los reglamentos, en la inmensa mayoría, son normas de menor jerarquía que se promulgan con posterioridad, en los casos en que resulta pertinente aclarar, modificar, interpretar, o ampliar una ley o dispositivo de superior jerarquía. Tal parece que la ley, desde su promulgación, se concibió como insuficiente.

El art. 2 reitera la definición del notario contenida en el Decreto Ley 26002, aunque introduce una modificación mínima al final del segundo párrafo. Cuando se refiere a las disposiciones que regulan los procesos no contenciosos, se remite a las leyes de la materia en plural y no en singular, como su antecesor. Ello se debe al hecho de que, en la fecha de promulgación del Decreto Legislativo 1049, los procesos no contenciosos regulados en la Ley 26662 habían sido modificados con la incorporación de nuevos procesos en leyes posteriores, conforme se ha detallado en el presente capítulo.

4.4.2. Número de notarios

Por otro lado, el Decreto Ley 1049 modifica la creación de plazas notariales, al establecer el número de notarios que deberá existir en cada provincia, de acuerdo con una escala del número de habitantes⁽³⁴⁾.

4.4.3. Acceso a la función

El art. 6 del Decreto Legislativo 1049 regula el ingreso a la función notarial, reitera que el concurso de méritos es la forma de acceder a esta y establece que las etapas del proceso –calificación de currículum vitae, examen escrito y examen oral– son “eliminativas e irreversibles”.

En cuanto a la convocatoria a plazas vacantes, el art. 9 del Decreto Legislativo 1049 introduce modificaciones, al definir plazos, y detalla minuciosamente el procedimiento y las consecuencias según el resultado.

En lo que respecta a las condiciones para postular al cargo de notario, el art. 10 de la norma vigente reitera los requisitos del mismo número de artículo del 26002, pero introduce algunas variaciones. Según el inciso b) del art. 10 del Decreto Legislativo 1049, no basta con que el postulante sea abogado, sino que este debe serlo con una antigüedad no menor de cinco años. El inciso

(34) **“Artículo 5.- Creación de Plazas Notariales**

5.1. El número de notarios en el territorio de la República se establece de la siguiente manera:

a. Una provincia que cuente con al menos cincuenta mil habitantes deberá contar con no menos de dos Notarios.
b. Por cada cincuenta mil habitantes adicionales, se debe contar con un Notario adicional.

5.2. La localización de las plazas son determinados por el Consejo del Notariado. En todo caso, no se puede reducir el número de las plazas existentes”.

f) de la misma norma, referido al requisito de la aptitud física del candidato, regulado bajo esos términos también en el numeral del art. 10 de la norma que deroga, es ampliado, al establecerse que este debe estar “física y mentalmente apto” para ejercer el cargo de notario.

Asimismo, estos no son solamente requisitos para postular al cargo, sino además exigencias para mantenerlo. El Consejo del Notariado se encuentra facultado para verificar la capacidad física y/o mental de los notarios durante el ejercicio de su cargo. En esa dirección se orienta el inciso j) del art. 21 del Decreto Legislativo 1049, el cual contempla como causal de cese “negarse a cumplir con el requerimiento del Consejo del Notariado a fin de acreditar su capacidad física y/o mental ante la institución pública que éste designe”. Del mismo modo, el art. 22 ha previsto la posibilidad de suspender al notario ante el supuesto de la negativa a someterse al examen, como una medida cautelar, en los casos en que se tengan “indicios razonables que hagan prever el cese del notario por pérdida de calidades señaladas para el ejercicio del cargo”.

Además, el nuevo inciso g) del art. 10 del Decreto Legislativo 1049 señala un requisito adicional: “g) acreditar haber aprobado examen psicológico ante institución designada por el Consejo del Notariado. Dicho examen evaluará los rasgos de personalidad, valores del postulante y funciones intelectuales requeridos para la función notarial”. Empero, la disposición de este último inciso resulta, por decir lo menos, poco objetiva, por cuanto no existe ningún dispositivo legal o estudio de disciplina alguna que haya determinado los rasgos de personalidad, valores y funciones intelectuales requeridos para el ejercicio del cargo de notario. En todo caso, si se aplicaran los principios generales del Derecho, la norma tendría que haberse preocupado de establecer cuáles serían tales requisitos que deberían

cumplir los postulantes, con el objeto de que en forma previa conozcan el objetivo de las pruebas a las que serán sometidos.

Por último, respecto a la regulación del tema del concurso, el art. 12 del Decreto Legislativo ha establecido la forma en que se debe proceder cuando el ganador del concurso presente su renuncia, así como en los casos en que este se declare desierto.

4.4.4. Nuevas obligaciones en el ejercicio de la función

En cuanto a las obligaciones del notario, la nueva norma ha efectuado algunas modificaciones, puntualizando en detalles que norma anterior alguna había señalado. Estos se refieren a aspectos físicos de sus instalaciones, infraestructura, tecnológica mínima y soporte tecnológico para remitir por vía telemática o en medios magnéticos, información y datos, entre otros.

Especial relevancia encontramos en la obligación del notario detallada en el inciso j), art. 16 del Decreto Legislativo 1049, que no se encuentra referida al aspecto comercial, tecnológico ni patrimonial del ejercicio de la función, sino más bien a la dignidad y los derechos de las personas como seres humanos⁽³⁵⁾.

4.4.5. Ejercicio de la función

En lo que respecta a las formalidades en la extensión de los instrumentos públicos notariales, tanto los protocolares como los extraprotocolares, el Decreto Legislativo 1049 reitera lo dispuesto

(35) “j) Orientar su accionar profesional y personal de acuerdo a los principios de veracidad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, diligencia, respeto a la dignidad de los derechos de las personas, la constitución y las leyes”. Sin embargo, esta noble función que cumple el notario de defensa de la persona no ha tenido especial desarrollo en el articulado de la norma.

anteriormente en la norma que deroga. Sin embargo, existen algunas modificaciones sustanciales, como la posibilidad de extender lo que en doctrina se conoce como escritura unilateral, por cuanto es el notario que autoriza el mismo que otorga la escritura pública. Esta es la situación contemplada en el segundo párrafo del art. 48, en el que se refiere a los casos en que el notario advierte algún error en su propia declaración en una escritura pública. La forma de rectificarla se lleva a cabo bajo su responsabilidad y costo en un nuevo instrumento aclaratorio, sin necesidad de que intervengan los otorgantes. No obstante, el notario debe informarles de tal hecho al domicilio señalado en la escritura pública.

Entre las novedades, se encuentran las contempladas en el art. 55 del Decreto Legislativo, que establece la obligación del notario de efectuar la consulta en línea a la RENIEC, con el objeto de identificar a los otorgantes mediante la verificación de imágenes, datos y/o por comparación biométrica de las huellas dactilares⁽³⁶⁾.

Además en el inciso a) del art. 81, se autoriza en forma indirecta a llevar los “registros físicos, en soporte de papel o medio magnético, que lleva el notario conforme a ley”. Esta es una modificación importante, por cuanto hasta antes de la norma, los archivos notariales debían ser exclusivamente documentos impresos.

En cuanto a los traslados notariales, el art. 82 ha introducido la obligación de otorgar copias certificadas de las minutas que se

(36) Esta norma ha sido últimamente modificada mediante el Decreto Supremo 006-2013-JUS, el cual dispone en el art. 10 que “es obligatoria la verificación mediante el Sistema a los comparecientes e intervinientes o de sus representantes que, mediante otros instrumentos protocolares o extraprotocolares, no mencionados en los demás literales del artículo 5 del Decreto Supremo, dispongan, graven o adquieran bienes muebles o inmuebles u otorguen poderes para dicha finalidad, cualquiera que sea la denominación del acto o contrato, a título oneroso o gratuito”.

encuentren en su archivo notarial, es decir, de aquellas que han sido elevadas a escritura pública. Anteriormente, los traslados eran exclusivamente testimonio, boleta y partes que estaban referidos a las escrituras públicas. En cambio, en esta norma se permiten los traslados 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”. Por último, en el mismo art. 82, se ha contemplado la posibilidad de que el notario emita un “traslado notarial remitido electrónicamente por otro notario e impreso en su oficio notarial”. Entendemos que se refiere a traslados remitidos por notarios que se encuentran en diferentes lugares y que se contactan para prestar el servicio a una persona impedida de acceder directamente al notario. Así, los medios electrónicos seguros entre un notario y otro podrían otorgar la confianza suficiente para emitir el documento requerido.

Por su parte, el art. 91 también permite llevar el índice cronológico y alfabético en archivos electrónicos, lo cual facilita su conservación y agiliza el manejo de la información. En lo que respecta al archivo notarial, el art. 117 ha creado un índice cronológico de los poderes otorgados fuera de registro, que antes no existía.

Del mismo modo, se han creado tres nuevas actas extraprotocolares en los incisos h), i), y j) del art. 94: la constatación de identidad, la transmisión por medios electrónicos de la manifestación de voluntad de terceros, y la verificación de documentos y comunicaciones electrónicas en general. Esta norma aún no ha podido hacerse efectiva, por cuanto no se encuentran implementados los medios tecnológicos que permitan ejecutar las mencionadas verificaciones.

4.4.6. Organización del notariado

En cuanto a la organización del notariado, el Decreto Legislativo 1049 ha establecido en el art. 129 que esta corresponde a los Colegios de Notarios, los cuales son personas jurídicas de Derecho Público interno que ejercen una función de dirección, inspección y vigilancia de sus miembros dentro del distrito notarial⁽³⁷⁾.

4.4.7. Tribunal de Honor

La innovación introducida por el Decreto Legislativo 1049 es la creación de Tribunales de Honor, que, de acuerdo con lo señalado en el art. 132 de la norma, se encuentra compuesto por tres miembros notarios que no integren simultáneamente la junta directiva, y/o abogados de reconocido prestigio moral y profesional. El Tribunal de Honor se encargará de conocer, y resolver las denuncias y procedimientos disciplinarios en primera instancia. La conformación del Tribunal de Honor por profesionales ajenos al notariado creó malestar en el gremio notarial, al haber sido interpretado como una injerencia de terceros en el tema de la disciplina y la sanción de los notarios. No obstante, coincidimos con Gunther Gonzales, quien opina que “la vigilancia del notariado nunca se cierra en el ámbito corporativo”. Respecto a la actuación de los abogados que pudieran integrar el Tribunal, señala con acierto que estos “actúan exclusivamente por delegación del Colegio, y por tal motivo no constituyen una instancia extra-corporativa” (2012, p. 46).

4.4.8. Infracciones del notario

En relación a las faltas disciplinarias del notario, ahora denominadas por el Decreto Legislativo 1049 “infracciones

(37) El distrito notarial es una demarcación territorial que no necesariamente coincide con la demarcación geopolítica.

administrativas disciplinarias”, se presentan notables modificaciones en su configuración. Los incisos del art. 149 que contienen las modificaciones son los a), b), c), e) y f).

Artículo 149.- Infracciones Disciplinarias

Constituyen infracciones administrativas disciplinarias las siguientes:

- a) **La conducta no acorde con la dignidad y decoro del cargo.**
- b) **Cometer hecho grave que sin ser delito lo desmerezca en el concepto público.**
- c) El incumplimiento de los deberes y obligaciones del notario establecidos en esta ley, normas reglamentarias y/o conexas, Estatuto, Código de Ética.
- d) **El no acatar las prohibiciones contempladas en esta ley, normas reglamentarias y/o conexas, Estatuto y Código de Ética.**
- e) La embriaguez habitual y/o el uso reiterado e injustificado de sustancias alucinógenas o **fármaco dependientes.**
- f) El continuo incumplimiento de sus obligaciones civiles, comerciales, **tributarias.**
- g) **Agredir física y/o verbalmente, así como faltar el respeto a los notarios miembros de la junta directiva, tribunal de honor y/o Consejo del Notariado (énfasis nuestro).**

Las novedades de la norma antes detalladas permiten concluir que el legislador sanciona al notario por cometer actos, tanto dentro del cumplimiento de su función como en su vida privada, frente a las autoridades vinculadas al notariado y frente a la autoridad tributaria. Las disposiciones éticas y morales exigidas al notario, además de las competencias técnico-jurídicas para acceder y mantenerse en el cargo, se encuentran plenamente justificadas por el encargo recibido del Estado.

En conclusión, consideramos que el objetivo de modernizar el notariado para garantizar la seguridad de los actos y transacciones que celebra, expresamente señalado en el Decreto Legislativo 1049, determinó que se incorporaran nuevos dispositivos relacionados con tres temas: la implementación técnica y digital de la infraestructura de los notarios; la inclusión de nuevas medidas relacionadas con la vigilancia, supervisión y sanción de los notarios; y el reconocimiento –por primera vez en una ley del notariado– de una vinculación entre los actos personales y profesionales del notario con los derechos fundamentales, la dignidad de la persona y el diseño del proyecto de vida.

CAPÍTULO V

Función notarial en la ejecución del proyecto de vida de la persona

Como se ha mencionado, el Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado y de la Función Notarial, fue promulgado en circunstancias especiales, en las que el objetivo del Estado era insertarse en la globalización a partir de la suscripción de acuerdos comerciales con los Estados Unidos de Norteamérica. Ello podría llevarnos a concluir que el notario desarrolla su función exclusivamente dentro de las relaciones comerciales de contenido patrimonial. Sin embargo, es nuestro interés demostrar que el notario en el Perú también ejerce facultades que le permiten asegurar el respeto de los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la vida, entendido como una vida de calidad suficiente para obtener el bienestar; el derecho a la igualdad y a la no discriminación; el derecho al acceso a la información; y, especialmente, el derecho a la libertad, del que se deriva el de la autonomía, expresada esta a través del proyecto de vida que cada persona diseña para su propia existencia.

A continuación, en el presente capítulo, se analizarán los principales actos del ámbito privado de la persona y de la vida familiar en los que el notario en el Perú interviene. En ellos, el notario se constituye como un garante del derecho a la identidad,

de los derechos de los menores, de los derechos de las personas con discapacidad, de los derechos familiares y de los derechos de sucesiones. Dado que a través de su participación, el notario asegura el respeto de la libre elección de la persona y asegura una vida con dignidad, propondremos la posibilidad de mayor participación del notario frente a esta realidad, con el objeto de satisfacer a la persona en la garantía del ejercicio de sus derechos fundamentales.

5.1. El notario garante del derecho a la identidad

Respecto a la identidad de la persona, actualmente el notario en el Perú interviene, de acuerdo con las facultades expresamente otorgadas en las disposiciones que regulan su función, en los temas que serán expuestos a continuación.

5.1.1 Reconocimiento de hijos

De conformidad con lo dispuesto en el art. 390 del Código Civil, que regula el reconocimiento del hijo extramatrimonial, “el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento”. El notario formaliza el reconocimiento del hijo extramatrimonial a través de la escritura pública, y del testamento por escritura pública o el testamento cerrado, que son de su competencia. El reconocimiento es un acto unilateral que, de acuerdo con el art. 395 del Código Civil, “no admite modalidad y es irrevocable”.

El inciso b) del art. 58 del Decreto Legislativo 1049 contempla, entre los actos que pueden ser formalizados por escritura pública sin que sea exigible la presentación de la minuta, el “reconocimiento de hijos”. Este es un acto voluntario, que consiste en la declaración pura y simple del reconocimiento del vínculo de filiación respecto de

un hijo nacido en madre soltera. No existe obligación de la prueba de ADN o de testigos para sustentar la declaración. Lo que busca el legislador es el reconocimiento de la filiación, en beneficio de la determinación de la identidad del hijo, así como de los derechos que se derivan de dicha filiación.

5.1.2. Rectificación de nombre en el acta de certificación de nacimiento

Uno de los primeros asuntos no contenciosos que el notario en el Perú asumió competencia es el de rectificación de partidas, entre ellas, las de nacimiento, matrimonio y defunción de la persona. Los registros administrativos no suelen contar con personal profesional del Derecho, capacitado en materia jurídica. Por ello, incurren muchas veces en errores u omisiones en la transcripción de los nombres de las personas que participan del acto objeto de inscripción. La discrepancia, presentada entre la realidad y los datos que aparecen en el asiento de inscripción, constituye fuente de conflicto respecto a la identidad de la persona. Es así como se han negado derechos sucesorios a los hijos o al cónyuge, por no aparecer su nombre completo o haberse inscrito con errores.

Este problema se resolvía, hasta antes de la Ley 26662 del 22 de setiembre de 1996, a través de un proceso de rectificación de partida, que se tramitaba exclusivamente ante el Poder Judicial. El plazo de resolución demoraba aproximadamente un año. La justicia prolongada significaba, en este caso, justicia denegada, pues un derecho inherente a la persona, como es el derecho a la identidad, era vulnerado. El nombre no es más que una de las vertientes de la identidad, pero tiene una significación muy importante en el tráfico jurídico de derechos patrimoniales y personales.

Sin embargo, conforme lo señala el art. 15 de la Ley 26662, le fue otorgada a los notarios la competencia para tramitar los asuntos no contenciosos de rectificación de partidas “que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidentes del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios”.

El trámite es muy sencillo. Se inicia con una solicitud dirigida al notario, por el propio interesado o por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para los siguientes casos: rectificación de partida de nacimiento del incapaz, la rectificación de la partida de nacimiento de la persona que ha fallecido, la rectificación de partida de matrimonio cuando los cónyuges han fallecido o la partida de defunción.

La tramitación se publicita a través de una publicación del extracto de la solicitud, por una sola vez, en el diario oficial *El Peruano* y otro de circulación nacional. Transcurridos diez días útiles desde la publicación del último aviso, el notario eleva a escritura pública la solicitud, insertando los instrumentos que acreditan el pedido tramitado y cursando los partes al registro correspondiente, de manera tal que corrija el error o subsane la omisión.

5.1.3. El derecho a la identidad sexual

La competencia notarial en la tramitación de rectificación de partidas tiene tres características esenciales:

1. Tiene que ser evidente (sustento objetivo)
2. Casos de errores
3. Casos de omisiones

En forma expresa, el segundo párrafo del mencionado artículo negó al notario competencia “para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente”.

La negativa del legislador de que se tramite el cambio de nombre y de sexo en sede notarial es un tema que, en el año 1996, resultaba de poca atención. Sin embargo, en el discurrir de los últimos 10 años, se vienen presentando, en diversas partes del mundo, marcados movimientos sociales de agrupaciones de homosexuales, lesbianas y transexuales. Estos reclaman sus derechos como personas, como seres humanos, no solo en cuanto a la discriminación de la cual son objeto, sino también a la posibilidad de cambiarse físicamente y legalmente el sexo anatómico y, consecuentemente, de nombre, de manera tal que se reconozca su identidad, de acuerdo a su elección.

La ciencia de la genética y los estudios desde diversas ramas de la medicina, la psicología y la sociología han enriquecido el Derecho con el vasto concepto de la “sexualidad”. Este, a diferencia del sexo, en sentido lato del término, incorpora diversos componentes de orden biológico, psicológicos y de naturaleza jurídico-social. Así, surge la teoría de Fernández Sessarego de los dos aspectos que abarca la sexualidad de la persona:

El sexo, al integrar el genético concepto de identidad personal, presenta también dos vertientes que, si bien normalmente guardan armonía, algunas veces entran en conflicto, creando situaciones existencialmente angustiosas. Por un lado, es posible referirse al sexo desde un punto de vista estático, como un elemento inmutable. Nos referimos, en este caso, al sexo cromosómico (...).

Por otro lado, cabe aludir a un sexo dinámico, referido a la personalidad misma del sujeto, a su actitud y comportamiento psicosocial, a sus hábitos y modales, a su manera de sentir y de vivir (2010, pp. 737-738).

Cada vez son más frecuentes las personas que se someten a intervenciones quirúrgicas y cambian el sexo morfológico, al adecuarlo a la opción sexual que proviene de la propia identificación de la persona. En no pocas ocasiones, acuden al extranjero a someterse a cirugías y tratamientos que posibilitan esta transformación. Inclusive, asumen una vida en el extranjero de acuerdo con el nuevo sexo asumido y, cuando regresan al Perú, se encuentran con la imposibilidad de cambiar el sexo y el nombre en sus documentos de identidad peruanos.

La negativa jurídica de atender esta realidad deriva en una discriminación social que sufre la persona que presenta una apariencia de un determinado sexo, pero que no coincide con el sexo colocado al nacer en su acta de nacimiento, en mérito al cual se le asigna un nombre, que es el recogido por el registrador al otorgarle sus documentos de identidad. El sexo que aparece en la inscripción del nacimiento de la persona es asignado por el profesional que atiende a la madre al momento del parto, según los órganos genitales de la persona, que determinan el sexo morfológico. Al ser cambiado, es lógico que la persona lleve consigo el deseo de ser identificado con un nombre que permita a la sociedad reconocer el nuevo sexo, que ha decidido para sí mismo. Sin embargo, este es un tema aún no regulado en la legislación nacional; por el contrario, los tribunales nacionales se niegan a aceptar el cambio de sexo y con mucha reserva han aceptado el cambio de nombre en determinados casos.

5.1.4. Cambio de nombre y cambio de sexo: marchas y contramarchas

A continuación, se comentarán en forma sucinta algunas sentencias y resoluciones relacionadas con peticiones de cambio de nombre y de sexo, sustentadas en el derecho a la identidad, a la libertad, al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la autonomía del ejercicio del proyecto de vida, y el derecho al respeto de la dignidad y la no ingerencia en las decisiones que afectan la autodefinición de la persona en el desarrollo de su existencia.

5.1.4.1. Caso Karen Mañuca

Uno de los casos más emblemáticos es el de Karen Mañuca (Manuel Jesús) Quiroz Cabanillas, que interpuso demanda de Habeas Corpus ante el Tribunal Constitucional (Expediente N° 02273-2005-PHC/ TC) contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) por denegarle la extensión del duplicado de su documento nacional de identidad bajo el nombre de Karen Mañuca, de sexo femenino. Para ello, invocó la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad personal, entre otros. Contestada la demanda, se aclaró que la demandante fue inscrita al nacer bajo el sexo masculino, con el nombre de Manuel Jesús. No obstante, luego obtuvo, mediante sentencia judicial, el cambio de nombre a Karen Mañuca, con lo cual tuvo por un periodo de tiempo un documento nacional de identidad bajo ese nombre. Empero, depurados los registros, la duplicidad de documentos fue advertida y la RENIEC se negó a entregarle un duplicado de DNI bajo el nuevo nombre de Karen Mañuca, así como cambiar su sexo de masculino a femenino. La sentencia del Tribunal Constitucional, a pesar de reconocer la

afectación del derecho a la identidad de la demandante, fue ordenarle que otorgue el duplicado del documento nacional de identidad bajo el nombre de Karen Mañuca, cumpliendo con lo resuelto por el juez que no aceptó el cambio de sexo.

Como resultado final, la recurrente obtuvo un documento nacional de identidad con nombre femenino, pero con la indicación de sexo masculino. Si bien se mantuvo la incongruencia entre sexo y nombre de la persona, el mérito de la sentencia es que ha servido de sustento para resolver casos posteriores, respecto al reconocimiento de la identidad como un derecho a la individualización de la persona a través de signos jurídicos que lo distinguen.

El nombre, como proyección social del derecho a la identidad, quedó establecido en el Fundamento N° 21 de la Sentencia, en que el Tribunal Constitucional estipuló:

Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el **derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es**⁽³⁸⁾. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

(38) El resaltado es nuestro.

5.1.4.2. Caso Naamin Timoyco

En el año 2011, Naamin Cárdenas Calderón, más conocida como Naamin Timoyco, fue la primera persona transexual en el Perú que obtuvo el cambio de sexo en su documento nacional de identidad. El proceso judicial se prolongó por aproximadamente 8 años y culminó en el mes de julio del 2011, con sentencia a su favor, la cual ordenó el cambio de sexo en el Registro Nacional de Identidad. La demandante afirmaba en el proceso ser transexual; se había sometido a más de siete intervenciones quirúrgicas con el objeto de eliminar sus órganos genitales masculinos y obtener órganos genitales femeninos, así como diversos tratamientos hormonales para adecuar su anatomía a la de una mujer.

5.1.4.3. Caso Fiorella Vincenza

Un caso posterior, relacionado con el tema del cambio de nombre resuelto en vía judicial, resolución de fecha 12 de julio de 2012, recaída en el Expediente N° 60284-2008-O, corresponde a la demanda contra la Municipalidad de Miraflores interpuesta por Sergio Vinicio Cava Goicochea, quien solicitaba el cambio de nombre a Fiorella Vincenza. Al momento de su nacimiento, fue inscrita bajo el nombre de Sergio Vinicio, de sexo masculino, según declaración de su padre, al solicitar la inscripción de su partida de nacimiento de 1955 en la Municipalidad Provincial de Miraflores.

La rectificación de cambio de nombre se sustenta en la declaración de transexualidad manifiesta que la identifica desde hace más de 13 años, según ha acreditado con documentos que demuestran la adaptación de su cuerpo al género opuesto a su genitalidad biológica, al que siente pertenecer desde siempre, según su propia declaración. Además, ha acreditado que se ha identificado

públicamente con los prenombres Fiorella Vincenza desde el año 1998. Para ese interés, era fundadora y cabeza visible de la primera asociación de personas transexuales en el Perú, denominada CISNE (Centro de Identidad y Sexualidad Nueva Existencia).

La resolución de la corte declaró, por mayoría, fundada la demanda. En el texto de la sentencia, se analiza el derecho de identidad de las personas transexuales y se reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, así como el derecho y la garantía de la persona a tomar las decisiones que considere necesarias para cumplir con su plan racional de vida.

La sentencia ratifica la dignidad de la persona homosexual o transexual, al recordar el segundo párrafo del Fundamento N° 23 de la Sentencia del Expediente N° 02868-2004-AA/TC, en el que el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría.

Revisado el contenido de la sentencia del Tribunal, consideramos pertinente transcribir el texto que continúa al párrafo citado, “tomado de la jurisprudencia norteamericana,...” mediante el cual se confirma el principio de autonomía y dignidad de la persona como una expresión del derecho a la libertad:

Estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida,

decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad (...) En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado (Corte Suprema Norteamericana. Planned Parenthood of Southeastern v. Casey. 505 US 833. Sentencia de 4 de junio de 1992).

La resolución de la Corte reconoce la vinculación del nombre con el derecho de identidad de la persona en el Décimo Fundamento:

(...) el nombre constituye la materialización del derecho a la identidad desde el punto de vista formal, y por tanto, no puede ser visto como un derecho autónomo e independiente del derecho a la identidad personal sino como una categoría que desarrolla y concretiza a este derecho.

En tal sentido, reconoce el cambio de prenombres sustentado en el derecho a la identidad en el Fundamento Décimo Tercero:

(...) a fin de garantizar el principio derecho de dignidad humana así como el derecho a la identidad que han sido invocados como sustento de la pretensión incoada, reflejándolo en el nombre de la parte actora, se justifica el cambio de su prenombre (...)

Resulta pertinente destacar que, en el voto que contiene los fundamentos adicionales del señor Tapia Gonzales, se afirma que si

bien el libre desenvolvimiento de la personalidad no se encuentra reconocido de forma taxativa por la Constitución Política, este constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se fundamenta en el principio de dignidad de la persona. Al respecto, señala literalmente lo siguiente:

El libre desenvolvimiento de la personalidad es el fundamento bajo el cual una persona puede buscar un sentido de pertenencia e identificación dentro de la sociedad, cuyo goce y ejercicio abarca aquellas decisiones que no se encuentran protegidas de forma especial por otros derechos y garantías, permitiendo que pueda tomar las decisiones que considere necesarias para cumplir su plan racional de vida. En suma, se trata de un derecho que se basa en el ejercicio puro del principio de libertad y de opción, pero sujeto a que no se afecte a terceros y que no haya un abuso del mismo.

Es, sin duda, un deber del Estado y de la sociedad fomentar y respetar el desarrollo del individuo como persona, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley.

Lo anterior implica que en el marco del estado social y democrático de Derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado proteger el ejercicio de este derecho, así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio, sin que eso implique un abuso del mismo.

5.1.4.4. Caso P.E.M.M.

Mediante sentencia emitida con fecha 18 de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional declaró infundada la acción de amparo interpuesta por un transexual, quien responde a las iniciales P.E.M.M., contra el Registro Nacional de Identificación de Estado Civil (RENIEC), que solicitaba el cambio de sexo a femenino en su documento nacional de identidad y partida de nacimiento. El fundamento del Tribunal radica en que el demandante “no presenta un caso de intersexualidad o hermafroditismo que, al momento de registrar su sexo, haya ocasionado un error que deba ser rectificado”. La sentencia señala que “la pretensión de la demandante puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la naturaleza humana”. Sostiene que

(...) mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico, el derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico.

La principal motivación de esta sentencia del Tribunal —que se aparta de su propio camino, y del señalado por la doctrina y las legislaciones en el mundo, incluyendo las de los países vecinos— se encuentra en el temor a propiciar el matrimonio de homosexuales. Además, regresa a un concepto tradicional de familia que más se acerca al religioso que al del Derecho, que sustenta los derechos civiles en el reconocimiento pleno de la libertad, la autonomía de la persona y el respeto a su dignidad.

Esta sentencia tiene carácter vinculante, con el fin de poner fin a cualquier pretensión de los transexuales para solicitar judicialmente la rectificación de su documento nacional de identidad en lo que se refiere al sexo. No obstante, resulta destacable el voto singular de los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez, que opinaron a favor del cambio de nombre y cambio de sexo en la inscripción en la RENIEC del demandante. Entre los argumentos, destacan el reconocimiento del derecho de la persona a autodefinirse, así como el derecho al libre desarrollo de su personalidad:

20. En estos supuestos, al margen de la decisión de la persona *trans* respecto al apoyo clínico que requiera, físico o psicológico, para afrontar las circunstancias que aparejan esta condición, es evidente que la *autonomía moral* del sujeto solo puede ser respetada si el ordenamiento jurídico admite el reconocimiento de su identidad tal y como ésta es experimentada y vivida por el sujeto, y no conforme ésta es impuesta por la sociedad. No reconocer el derecho de la persona *trans* a autodefinirse y ser reconocido según su propia *subjetividad*, obviamente demostrada mediante elementos *objetivos*, supondría desconocer en sí el derecho de estas personas a la identidad de género: la supresión de un derecho fundamental para un grupo específico de personas, y un supuesto de *discriminación*, dado que en su caso, la autonomía moral o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tendrían menos valor que en las demás personas, sin ningún motivo justificado.

Así mismo, el voto discordante reconoce el derecho de cada persona a construir su propia identidad, en ejercicio del derecho a la libertad:

25. La libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una *identidad* propia que la conlleve a concretizar su propio proyecto personal. La libertad –como ha señalado este Tribunal–, en tanto fundamento de la identidad, permite revelar la verdad personal y propicia el reconocimiento y respeto de los individuos tal y como éstos se reconocen, sin imposiciones externas que los desfiguren.

En nuestra opinión, los argumentos del voto en discordia han establecido las bases para que en un próximo caso se sustente el alejamiento del voto de la mayoría y se deje sin efecto el valor vinculante que se impuso, como una medida de seguridad para imponer su decisión en casos futuros.

5.1.5. Legislación extranjera: cambio voluntario de nombre y de sexo como manifestación del derecho a la autodeterminación de la persona y su proyecto de vida

En Europa, la gran mayoría de países ha regulado el tema del cambio de género, esto es, la reasignación del nombre, así como la identificación legal en los documentos de la persona. Alemania tiene normas al respecto desde 1980; España, desde el 2007. En América del Sur, los pioneros han sido la República Oriental del Uruguay y Argentina, ambos países precursores en el reconocimiento de los derechos de libertad de las personas en el siglo XX.

La Ley N° 18.620 del 17 de noviembre de 2009 de la República Oriental del Uruguay reconoce la identidad de género y el derecho a

ser identificado conforme cada persona lo determina por sí mismo en forma voluntaria.

Artículo 1.- Derecho a la identidad de género

Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico morfológico, hormonal, de asignación u otro.

Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalados en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.

En cuanto a los requisitos exigidos para proceder a la adecuación registral del nombre y de sexo, el art. 3 de la Ley N° 18.620 establece la obligación de acreditar, además de la discordancia del nombre con su propia identidad de género, “la estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años”. El proceso se tramita ante los Juzgados Letrados de Familia por la vía de proceso voluntario y la demanda debe estar acompañada de un informe técnico del equipo multidisciplinario, especializado en identidad de género y diversidad “sin perjuicio de otros medios de prueba, especialmente testimonio de las personas que conocen la forma de vida cotidiana del solicitante y la de los profesionales que lo han atendido desde el punto de vista social, mental y físico”. La cirugía de reasignación sexual no es un requisito previo, pero en los casos en que se ha recurrido a ella, no serán necesarias las pruebas.

En Argentina, la reciente Ley n. 26.743 del 9 de mayo de 2012 reguló y reconoció el derecho a la identidad de género. En sus quince artículos, el texto legalizó el derecho constitucional a la identidad y estableció los parámetros para su ejercicio y tutela. Conforme lo reconoce Federico Gastón Blasi:

La norma, concretamente, consagra tres prerrogativas: el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género; el derecho al libre desarrollo personal en consonancia con la propia identidad de género; y, el derecho a ser tratado e identificado conforme a la identidad de género adoptada y desarrollada. En este sentido, ordena que el ejercicio del derecho a la identidad de género no podrá ser limitado, restringido, excluido o suprimido por norma, reglamentación o procedimiento alguno (2012).

La mencionada ley regula, con base en la no discriminación y en la libertad, la orientación sexual de cada persona física, así como el derecho de las minorías transgénero, por medio del cual el individuo que se “autoevalúe” como perteneciente al género opuesto al que le fuera adjudicado al nacer pueda cambiarlo válidamente. Asimismo, establece un proceso administrativo en el cual, sin necesidad de prueba alguna y sin someterse a intervenciones quirúrgicas, la persona pueda obtener una nueva partida de nacimiento, y un nuevo documento de identidad con el sexo y nombre de su elección.

5.1.6. El cambio de nombre y cambio de sexo como un proceso no contencioso de competencia notarial

Los notarios podrían, en un futuro cercano, prestar su colaboración para resolver casos de cambio de nombre o de sexo,

como manifestaciones de la autonomía de la persona, mediante la extensión de una escritura pública o un proceso no contencioso sustentado en documentos privados, declaración de testigos o de profesionales que hayan atendido a la persona y que corroboren el cambio de nombre. Es importante tener en cuenta que el sustento principal del cambio de nombre o de sexo estaría en la expresión libre y voluntaria, con capacidad suficiente y conocimiento de las implicancias jurídicas del propio interesado, siendo accesorias las demás pruebas. En tal forma, mediante un trámite notarial que asegure la legalidad, veracidad y certeza, se debería garantizar a la persona el derecho de autodeterminar su nombre y sexo. Luego de otorgarle publicidad a través de la inscripción en los registros correspondientes, este ya podría obtener los documentos de identidad acordes con su propia elección.

En las primeras legislaciones de los países europeos donde se había aceptado el cambio de sexo, era un requisito obligatorio el cambio de sexo morfológico. No obstante, han existido diversos pronunciamientos en la doctrina, en la medicina y protestas de los propios colectivos de transexuales respecto a los graves riesgos que implican estas operaciones, así como el largo, penoso y costoso proceso que tiene que atravesar la persona para obtener el resultado final del cambio de sexo. Por ese motivo, existe actualmente una creciente reconsideración a continuar con tal exigencia, que atenta contra el derecho de dignidad de la persona, el respeto a la conservación de su propio cuerpo y que finalmente constituye un obstáculo para alcanzar el reconocimiento de su propia individualidad. En consecuencia, se han presentado cambios normativos en la ley alemana de 1980, en la que se exigía la cirugía de reasignación de sexo para conceder el cambio en el registro civil. En el 2011, el Tribunal Constitucional alemán anuló las condiciones de que el solicitante no estuviera casado, fuera estéril y se hubiera sometido a una operación de reasignación de

sexo. Asimismo, con fecha 13 de junio de 2014, el parlamento danés aprobó una ley que permite a los transexuales cambiar legalmente de sexo sin necesidad de someterse a cirugía de reasignación de género, ni de contar con un diagnóstico médico que lo justifique. A partir del 1 de setiembre de este año, fecha en que entró en vigencia la ley, los transexuales mayores de 18 años pueden realizar el cambio legal de su sexo, con la consecuente modificación en todos los documentos personales, mediante la sola presentación de una solicitud.

Por otro lado, existe un precedente jurisdiccional en Colombia, que obliga al notario a proceder al cambio de nombre. La sentencia N° T-594/93 de 15 de diciembre de 1993 de la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Santafé de Bogotá DC resolvió el proceso de tutela, tramitado bajo el número T-22442, correspondiente a la demanda de Carlos Montaña Díaz contra el señor notario del Círculo de Cali, Jorge Caicedo Zamorano, en el que pretendía que este proceda a la sustitución de su nombre de Carlos a Pamela, mediante el otorgamiento de escritura pública. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes en ese entonces, el Decreto 999 de 1988, se establecía que mediante escritura pública el interesado podía corregir, sustituir, rectificar o adicionar su nombre, siempre que lo haga con el fin de fijar su identidad personal. De igual forma, el art. 97 del mismo Decreto le otorgaba competencia al notario para realizar el cambio de nombre, por una sola vez mediante escritura pública. En consecuencia, el demandante considera que el notario, al haberse negado a cumplir con la petición del cambio de nombre por tratarse de un cambio de sexo, ha vulnerado el derecho de igualdad, por cuanto, según manifiesta, “la intención de cambiar su nombre obedece a su deseo de fijar su identidad personal, ya que su fisionomía y su personalidad corresponden al sexo femenino, y por tanto no concuerda con su nombre actual”.

Los argumentos sustentados en los derechos fundamentales que analiza la Sala en su sentencia para amparar la solicitud y ordenar al notario que proceda a extender la escritura pública conforme al cambio de nombre solicitado son dos: el derecho a la expresión de la individualidad (numeral 2.1) y el libre desarrollo de la personalidad (numeral 2.2), vinculados al nombre de la persona. El primero es vinculado con la autonomía de la persona:

La autonomía de la persona, parte siempre del reconocimiento de su individualidad, de manera que quien es *dueño de sí*, lo es en virtud de la dirección propia que libremente fija para su existencia. Es, pues, la nota del vivir como se piensa; es el pensamiento del hombre que se autodetermina. Es, en definitiva, la dimensión de la única existencia, importante en cada vivencia, y que dada su calidad de esencial, debe ser reconocida como derecho inalienable por el Estado.

Por otro lado, entiende el desarrollo de la personalidad

(...) como la realización del proyecto vital, que para sí tiene el hombre como ser autónomo (...). La autonomía personal no es cosa distinta a la auto posesión que el hombre tiene de sí, como *señor de sí* (Dominio), como ser *sui generis*. Es, entonces, obvio que un ser de tal naturaleza sea autónomo (que tenga su propia norma de vida).

En cuanto al fundamento jurídico del cambio de nombre mediante el otorgamiento de una escritura pública, sin requerimiento de intervención judicial, la Sala establece en el numeral 2.3 de la sentencia lo siguiente:

El nombre tiene por finalidad fijar la identidad de una persona en las relaciones sociales y ante el Estado, de suerte que la hace distinguible en el entorno. En sentido estrictamente jurídico, el nombre es una derivación integral del derecho a la expresión de la individualidad —a la que se ha hecho referencia— por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto.

Por ello, se considera que

(...) cualquier individuo puede pues determinar su propio nombre, así este, para los demás tenga una expresión distinta a la del común uso, ya que lo que está expresando el nombre es la identidad *singular* de la persona frente a la sociedad. No es un factor de homologación, sino de *distinción*. He ahí por qué puede el individuo escoger el nombre que le plazca.

La Sala interpreta que la autodeterminación del nombre no tiene por qué ser cuestionada por autoridad alguna, así como tampoco puede exigirse que esté referido al género de la persona. Expresamente, en las conclusiones de la sentencia, señala lo siguiente:

Es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con

el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con *su modo de ser*, de su pensamiento y de su convicción ante la vida.

5.1.7. El derecho de identidad a partir de las técnicas de reproducción asistida

Uno de los grandes misterios para el hombre es el inicio de la vida. Determinar el momento exacto en que se inicia la vida humana ha sido objeto de un gran debate doctrinario. Ciencia y tecnología no han logrado ponerse de acuerdo respecto al momento mismo de la vida humana: el Derecho, por su parte, un poco rezagado en asumir una posición exacta, no ha podido determinar en qué momento de la gestación puede aseverarse que estamos frente a un concebido, con el reconocimiento de todos sus derechos. La aprobación del documento denominado “Guía Técnica Nacional para la despenalización del procedimiento de atención integral de las gestantes en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas”, publicado el 28 de junio de 2014, permite concluir que es recién después de cumplidas las 22 semanas de embarazo que se estaría protegiendo la vida del embrión.

A pesar de la ausencia de una regulación expresa y uniforme respecto al inicio de la vida humana, lo cierto es que existen varios tratamientos de reproducción asistida, a los cuales recurren mujeres solas o parejas, unidas formalmente o no, para procrear un hijo. En estos casos, entran en juego diversos derechos: el derecho a tener una familia, el derecho a procrear, el derecho del concebido, el derecho a conocer su identidad genética, el derecho sobre los embriones no implantados, entre otros.

Las nuevas técnicas de procreación asistida han eliminado el principio jurídico de *Mater Semper certa est*, expresión latina que se sustenta en el hecho biológico de la maternidad. Esta hacía coincidir a la madre gestante con la madre que alumbraba, sin la posibilidad de poder concebir de modo diferente al natural. Hoy en día, no obstante, una mujer puede gestar un hijo mediante un TREA, en el cual ha intervenido el óvulo de una donante extraña. También, puede presentarse el caso de una mujer que procrea un hijo obtenido de la inseminación artificial de su propio óvulo con el esperma de un donante, quien no será el padre legal porque no es el cónyuge o conviviente de la madre.

El principio de derecho romano antes indicado, acerca de la supuesta certeza de la maternidad, se conjugó en la legislación con la presunción de la paternidad del hijo nacido en el matrimonio, recogida en el art. 361 del Código Civil que contiene tal presunción: “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. Debemos reconocer que la legislación, referida a la identidad de la persona vigente durante siglos en el Derecho Civil, ha quedado obsoleta respecto a las nuevas realidades que la ciencia y la tecnología en materia de reproducción asistida presentan a las personas con el objeto de generar una nueva vida. Actualmente, existen por lo menos dos identidades, no siempre coincidentes: una legal, que es la de los padres que reconocen su vínculo familiar con el recién nacido; y otra biológica o genética, que corresponde a los padres que aportaron el óvulo y el esperma necesarios para generar un nuevo ser humano.

Los estudios en materia de genética ilustran la importancia de conocer el perfil genético de la persona para prevenir y atender diferentes temas que involucran la salud, determinan en gran medida

las posibilidades de alcanzar una buena calidad de vida o atender a tiempo problemas que vienen predeterminados a través de sus genes.

Ahora bien, las formalidades que actualmente rigen las terapias de reproducción asistida protegen los derechos de información y el consentimiento informado. Sin embargo, el único requisito que en la fecha exigen las disposiciones legales que regulan la materia, es la certificación notarial de la firma de la o las personas que contratan con los centros de profesionales médicos que prestan estos servicios. Consideramos que este tema se encuentra aún pendiente de regular en forma detallada en el Perú, pero la declaración de los intervinientes, así como las opciones y las decisiones que se asuman respecto a estos tratamientos, deberían revestir mayores formalidades. De ese modo, el notario, a través de una escritura pública, podría asegurar la protección de los derechos de las personas que acceden a someterse a estos tratamientos y del nuevo ser, colaborando, en el último caso, con la determinación de su identidad genética⁽³⁹⁾.

Empero, y a pesar de la falta de regulación legal, se han presentado casos de mujeres que realizan el proceso de gestación y alumbran un hijo ajeno, que no han sido sancionados. En suma, las concepciones respecto al inicio de la vida humana han tenido diversas variaciones, en las cuales resulta evidente que el derecho de las personas que participan en las nuevas técnicas de reproducción asistida tiene que ser protegido. Nos referimos al derecho a la

(39) Existen parejas estables, casadas o convivientes que recurren a las técnicas de reproducción asistida con sus propios óvulos y semen para que en el laboratorio se obtengan los embriones que son implantados en la madre genética; asimismo, parejas que, al tener conocimiento de la infertilidad de uno de ellos, recurren a las técnicas de reproducción con intervención de un tercero, que es el donante del óvulo o del espermatozoide. En algunos casos, ello se lleva a cabo aunque las parejas pueden ser bisexuales o del mismo sexo. Frecuentemente, se opta por presentarse la madre como soltera, al no permitirse legalmente, hasta la fecha, el matrimonio o la convivencia en parejas del mismo sexo.

intimidad de los padres, los donantes y el propio menor, las que eventualmente podrían cuestionar la protección del derecho de identidad de la persona. Jurídicamente, no se ha encontrado una solución única en la doctrina, la legislación o la jurisprudencia; sin embargo, se tiene conocimiento de resoluciones judiciales que han resuelto cada caso en particular, de acuerdo a las circunstancias presentes al momento de la controversia.

Para efectos de nuestra investigación, orientamos la reflexión respecto a la necesidad de formalizar el inicio de la vida de la persona cuando se lleva a cabo a través de procesos de reproducción asistida, con el objeto de coadyuvar a prevalecer la libertad de las personas al momento de someterse a estos tratamientos, así como la identidad del menor. Las normas que regulan en el Perú las formalidades de los contratos celebrados por las personas con los profesionales de la salud para obtener una nueva vida a través de estos medios no especifican las formalidades del consentimiento informado de los futuros padres respecto a las técnicas de reproducción asistida, los tratamientos que se aplicarán en la madre, los riesgos para la mujer y el embrión. Además, existen vacíos respecto de las consecuencias que se generarán a partir de la obtención de diversos embriones o el destino de aquellos que no sean implantados en el vientre para su desarrollo.

Actualmente, la única exigencia es la certificación de firmas. En consecuencia, el notario no verifica la libertad, la capacidad, el conocimiento de los compromisos que asumirán, las consecuencias y responsabilidades que se generarán, por lo que tampoco puede dar fe de la legalidad del contenido. Nuestra propuesta contempla que el trámite se realice por escritura pública, la cual cumpliría con la seguridad y certeza de las formalidades necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas.

A manera de ilustración, se presentan a continuación dos casos prácticos que se han presentado en el territorio nacional, referidos a maternidad subrogada, que han puesto en apuros a los jueces, por tratarse de situaciones no previstas en la ley, ante las cuales no existe la posibilidad de la celebración de un acuerdo de voluntades y declaraciones que contengan compromisos ejecutables. Todo ello ha obligado a los tribunales a resolver los casos aun en contra de los dispositivos legales vigentes, para hacer prevalecer los derechos fundamentales de la persona, el legítimo interés de crear una familia, así como el principio del interés superior del menor.

5.1.7.1. Caso 1: maternidad subrogada

En el Expediente N° 183515-2006-00113, tramitado ante el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima, se presenta la demanda de impugnación de maternidad interpuesta por una pareja de casados. Los hechos que se presentaron en este caso son los siguientes: una mujer de 29 años, casada, fue diagnosticada, dentro de la vigencia de su matrimonio, con insuficiencia renal, debido a problemas de salud atendidos inadecuadamente durante su infancia. Su condición médica le impedía atravesar un embarazo, pues este podría hacer peligrar su vida durante el proceso de gestación. Al no resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge, y sabiendo que los procesos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar otras alternativas científicas. Al comprobar que la madre sí generaba óvulos fértiles, se sometió a una terapia de reproducción asistida junto con su cónyuge. Mediante la fecundación in vitro, obtuvieron un embrión que implantó el óvulo fecundado en el vientre de la abuela materna, quien llevó adelante el proceso de gestación, alumbrando una niña. Cuando el padre acudió a la oficina registral a inscribir a su hija, en mérito al certificado

médico de “hijo nacido vivo de la madre que alumbró”, en este caso, la abuela biológica, se inscribió como padre al padre biológico y como madre a la abuela, dejando de lado a la madre biológica, que solicitó en su demanda, el reconocimiento de su maternidad.

La sentencia analiza los hechos y, al aplicar el principio de legalidad, reconoce que en

(...) estricto cumplimiento al Principio de Legalidad, sería imposible jurídicamente impugnar la maternidad de una niña, cuando la actora alega haber aportado con su óvulo para la fecundación de dicha menor, por no encontrarse regulado en nuestro ordenamiento jurídico dicho supuesto fáctico.

Sin embargo, reconoce a continuación en el cuarto considerando de la sentencia que

(...) nuestro ordenamiento jurídico positivo con el devenir del tiempo se está quedando desactualizado, ya que el avance de la ciencia médica biológica viene incorporando a nuestra vida situaciones como en este caso, nuevas técnicas de reproducción humana, que también requieren de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente.

En mérito a la aplicación del principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia legal, consagrado en el art. 139, inciso 8, de la Constitución Política del Estado, y teniendo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos — entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre

incluido a sus apellidos, el derecho a las relaciones familiares y el derecho a conocer a sus padres, consagrados en los art. IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes—, resuelve declarar fundada la demanda. De ese modo, asume la maternidad de la mujer que aportó el óvulo, que conjuntamente con su cónyuge llevaron a cabo el proceso de concepción detallada y recurrieron a la maternidad subrogada con la participación de la abuela, que la sentencia reconoce actuó en mérito a la solidaridad con la joven pareja y por razones humanitarias, para colaborar con la pareja en sus anhelos de procreación y ampliar su propia familia.

La sentencia fue elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Consulta N° 2141-2009, que resolvió con fecha 26 de noviembre de 2009, aprobando la resolución consultada “en cuanto inaplica al presente caso el art. 395 del Código Civil por incompatibilidad en su interpretación con los art. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

5.1.7.2. Caso 2: adopción del hijo propio

Mediante Casación N° 563-2011-Lima, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió en última instancia la demanda de adopción civil por vía de excepción de una niña que legalmente se encontraba inscrita como hija del hermano de la codemandada y su pareja, quienes en un principio aceptaron la adopción. Adicionalmente, la niña se encontraba bajo la custodia y tenencia de la pareja que solicitaba la adopción, por así haberlo dispuesto los demandados.

Durante el proceso, los padres legales (los demandados) desistieron de continuar con el proceso de adopción, alegando que

el codemandante, que solicitaba la adopción, era el padre biológico de la menor y no el padre que legalmente aparecía inscrito en su condición de progenitor. En la tramitación del proceso, se acreditó mediante la prueba de ADN que el demandante era el progenitor de la niña, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como preadoptante. Además, se acreditó también que la madre biológica —en el proceso, la demandada—, había actuado en total acuerdo con su conviviente para procrear a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación económica. Ella acepta, durante el proceso, que recibieron un beneficio económico a cambio de haberse sometido al tratamiento de inseminación artificial y haber efectuado el proceso de gestación. Alegaban que este dinero lo recibieron para mejorar su situación económica y cumplir con el objetivo de viajar a Italia con su familia.

La Sala, en el cuarto considerando de su sentencia, luego de detallar los hechos acreditados en el proceso, decide apartarse de lo dispuesto en el art. 378 del Código Civil:

(...) lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y madre que desde su concepción

y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

La demanda fue declarada fundada en primera instancia teniendo en cuenta el principio de interés superior del niño y el respeto de sus derechos, considerando además el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes. Por todo ello, y puesto que la salud física y solvencia moral de los preadoptantes estaba acreditada, se consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia.

La Sala determina en el quinto considerando de la sentencia que resulta de aplicación el Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual

(...) en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

La Sala hace referencia en el séptimo considerando a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02079-2009-PHC/TC, que interpreta los alcances del principio de interés superior del niño y el adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional señalando en el fundamento trece lo siguiente:

El deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas, sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen, por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés (...). En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra no puede oponer resistencia o responder ante un agravio de sus derechos.

Una de las pruebas valoradas por la Sala fue el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante notaria, donde consta que los demandados entregaron la menor a los demandantes “con el fin que a partir de la fecha los demandantes se constituyan en los padre adoptivos de su menor hija”.

En mérito a las razones antes señaladas, declararon infundado el recurso de casación interpuesto por la demandada.

5.1.8. Actuaciones notariales en la determinación de la paternidad

No son poco usuales los casos en que se requiere la intervención del notario con motivo de la determinación de la filiación de un niño que está por nacer o de una persona que ya está viva. Si bien no existe un proceso no contencioso regulado específicamente para este tema, en la práctica, el notario, en uso de las funciones que le han sido reconocidas, colabora con la determinación de la filiación a través de su intervención en la prueba de ADN.

Señalamos, a continuación, tres casos diferentes en los que la actuación del notario colaboró en eliminar la duda de la paternidad⁽⁴⁰⁾.

5.1.8.1. Caso 1

Un joven estaba próximo a viajar al extranjero con motivo de trabajo. Su ex pareja, con la que no estaba casado, aducía estar embarazada de un hijo del cual, alegaba, él era el padre. Ante la presión de los amigos y familiares, él optó por hacerse la prueba de perfil genético con la presencia de un notario, el cual elaboró el acta de verificación de hecho, a la que incorporó el resultado obtenido. A solicitud del supuesto padre, este se elevó a Escritura Pública con una declaración jurada del requirente, quien autorizó a que se entregue a la madre al momento de que nazca la criatura y se practique la prueba de ADN al menor con presencia de la notaria. Finalmente, se determinó que no era el padre.

5.1.8.2. Caso 2

La cónyuge y los hijos de una persona mayor, que se encontraba en estado de coma, acuden ante una notaría para solicitar que

(40) Los tres casos fueron tramitados por la autora de la presente investigación. Los nombres de los requirentes han sido omitidos para proteger su identidad.

se practique la prueba de perfil genético del señor, por cuanto, cumpliendo con su voluntad, una vez fallecido, se cremaría su cadáver. Ellos temían tener problemas con la justicia, pues existía la duda de que el señor tuviese hijos no reconocidos fuera del matrimonio, a los cuales deseaban otorgarles sus derechos. La notaria verificó la toma del perfil genético, conservó los resultados en custodia hasta la muerte del padre y, una vez cremado, efectivamente aparecieron cuatro personas adultas que reclamaron derechos hereditarios por supuesta filiación. Entonces, se practicó la prueba de ADN y se contrastaron los resultados con el perfil genético aportado por el notario. Se reconoció como hijos del difunto a los cuatro sujetos que reclamaron sus derechos.

5.1.8.3. Caso 3

A los pocos meses de haberse reconocido legalmente el valor de la prueba genética como suficiente para determinar la filiación de una persona, una pareja solicitó consejo a un notario, dado que la mujer pensaba que, si su cónyuge fallecía antes que ella, vendrían diferentes personas a reclamar ser hijos de él. Adicionalmente, podían pedir y le pedirían la exhumación del cadáver, hecho que ella no estaba dispuesta a aceptar. La sugerencia de la notaria fue proponer que el marido se hiciera la prueba de ADN y que esta sea elevada a escritura pública mediante una petición por declaración jurada. De esta manera, se obtendría la conservación del resultado en el protocolo del notario.

5.1.9 Casos prácticos de actuación notarial vinculados a la determinación de la identidad biológica

La Ley 27048, publicada el 6 de enero de 1999, modificó diversos artículos del Código Civil, entre ellos el art. 402, que

establece las pruebas procedentes para la declaración de paternidad extramatrimonial. La mencionada ley incorporó el inciso 6), que reconoce la prueba de ADN u otras pruebas científicas con igual o mayor certeza, como suficientes para establecer la filiación y el reconocimiento judicial de paternidad del hijo extramatrimonial.

En la actualidad, existe un consenso en la comunidad científica y en la población en general de que la paternidad no es un asunto incierto. La prueba de ADN y sus efectos en la determinación de la filiación genética son aceptadas con total certeza, sin objeción alguna. Este descubrimiento científico ha eliminado cualquier tipo de incertidumbre respecto a la determinación del padre biológico y destruye cualquier otra presunción legal.

También, es una realidad que la carga procesal del Poder Judicial es cada vez mayor, ya que los procesos pendientes de resolución exceden las posibilidades de atención y los plazos establecidos no se cumplen. Por su parte, la postergación del trámite por falta de recursos y la infraestructura poco adecuada para proteger el derecho a la privacidad de las personas involucradas en el proceso de reconocimiento son circunstancias recurrentes. En consecuencia, al aceptarse la certeza de la determinación de paternidad a través de las pruebas de ADN, se puede concluir que dicho proceso judicial no exige valoración alguna de prueba de parte del juez. Dado que el único sustento de la paternidad es el resultado obtenido en la prueba científica, no se requiere razonamiento jurídico alguno: es la ciencia la que le otorga el convencimiento al juez.

Los argumentos antes mencionados sustentan nuestra propuesta acerca de la conveniencia de incorporarse nuevas facultades a los notarios como formalizadores del reconocimiento de paternidad en los casos en que no exista oposición entre los sujetos involucrados

y se presente consentimiento unánime de someterse a la prueba de determinación genética (la cual debe concluir en el reconocimiento voluntario, sin intervención judicial, especialmente cuando se trata de hijos mayores de edad capaces de prestar su consentimiento). La intervención notarial, en mérito al resultado científicamente obtenido mediante prueba de determinación genética, podría llevarse a cabo tanto en el reconocimiento voluntario de hijo nacido en madre soltera, como de aquel nacido de madre casada o conviviente con otro que lo ha reconocido como suyo.

5.2. El notario como garante del derecho de los menores

Nuestro Código Civil entiende la capacidad como aptitud para ser titular de Derecho, de ahí su denominación expresa de “capacidad de ejercicio”. Bajo este concepto, regula dicho tema en los arts. 42 a 46, al establecer el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, según la edad de las personas, específicamente expresa en el art. 42: “tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44”. A partir de esta calificación, el Código establece otras dos categorías: el de las personas “absolutamente incapaces”, señaladas en el art. 43, entre las cuales se encuentran los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley; y la categoría de las personas “relativamente incapaces”, establecida en el art. 44, entre las cuales se encuentran, entre otros, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

En consecuencia, según el Código Civil, las personas físicas son menores de edad y, por lo tanto, incapaces para ejercer sus derechos hasta que cumplan los 18 años de edad. Según lo dispuesto en el art. 45, otorga a los representantes legales de los menores la facultad para actuar en nombre y representación de los hijos menores de

edad; así mismo, les proporciona las mismas facultades a los otros representantes legales de los incapaces, que ejercen la tutela y la curatela. Ahora bien, sin alterar estos principios, el Código admite determinados casos excepcionales de intervención del menor de edad en la realización de ciertos actos jurídicos, que a nuestro juicio no se encuentran debidamente reglamentados, lo que dificulta su eficaz ejecución.

5.2.1. Formalización de actos y declaraciones en beneficio del menor sin exigencia de minuta

El Decreto Legislativo 1049 y su antecesor, el Decreto Legislativo 22126, contemplan la actuación notarial en temas de menores, en concordancia con las normas tradicionales sobre capacidad jurídica establecidas en el Código Civil. La protección de los derechos del niño y el adolescente en sede notarial se encuentra prevista en situaciones muy específicas. El art. 58 del Decreto Legislativo 1049, que establece los casos de inexistencia de minuta, contempla la posibilidad de que los padres formalicen por escritura pública los siguientes actos en beneficio de los menores:

- Nombramiento de tutor y curador, en los casos en que puede hacerse por escritura pública (inciso c)
- Reconocimiento de hijos (inciso d)
- Autorización para el matrimonio de menores de edad, otorgada por quienes ejercen la patria potestad (inciso e).

En los casos mencionados, en los que la ley ha previsto que el usuario recurra al notario sin la exigencia previa de una minuta para formalizar su voluntad, la asesoría, consejo y orientación personalizada de este resulta de singular importancia, por cuanto los interesados

acuden a la notaria, en la mayoría de las oportunidades, sin haber recibido previamente información suficiente. La intervención del notario asegura que los actos se formalicen adecuados a ley, y que los padres y los menores interesados tomen conocimiento en términos sencillos del acto que van a realizar, así como de las consecuencias que de él se derivan.

5.2.2. Autorizaciones de viaje

El art. 418 del Código Civil define la patria potestad, al establecer los derechos y las obligaciones de los padres: “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”. El Código de los Niños y el Adolescente Ley 27337 desarrolla en el Libro Tercero, las “Instituciones Familiares”, el Título I denominado “La Familia y los Adultos Responsables de los Niños y Adolescentes”. El Capítulo I está dedicado a la “Patria Potestad”, y a los deberes y derechos de los padres que la ejercen. El texto contempla, como uno de los derechos derivados de la patria potestad, el derecho de los padres de “e) tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos”.

La crisis en las parejas, en no pocas oportunidades, traen como consecuencia conductas inadecuadas de uno o ambos padres respecto a los hijos: la violencia de la pareja repercute, algunas veces, en violencia psicológica o física hacia los hijos menores que se encuentran en estado vulnerable. Por ello, el Código de los Niños y el Adolescente, Ley 27337, ha regulado en forma extensiva y minuciosa los casos de suspensión (art. 75), vigencia (art. 76), y extinción o pérdida de la Patria Potestad (art. 77). El Código contempla un capítulo especial para la regulación de la tenencia de los hijos en los

casos en que los padres estén separados de hecho. El art. 81 otorga facultad al juez para disponer el régimen de tenencia, que puede ser inclusive el de la tenencia compartida, “salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”. A estos, se les reconoce el derecho de expresar su opinión, que deberá ser tomada en cuenta, además de la posibilidad de cualquier acuerdo de los padres. El Capítulo II del Código, titulado “Tenencia del Niño y el Adolescente”, desarrolla la tenencia de los hijos en los casos en que los padres estén separados de hecho. El Capítulo III, denominado “Régimen de Visitas”, establece el derecho de visitas de los padres (art. 88), pues reconoce que el padre o la madre no puede ser impedido o limitado de visitar a su hijo (art. 89).

Los dispositivos legales mencionados son el sustento de la regulación de las formalidades de autorizaciones de viaje de los menores, dentro y fuera del país. En la actualidad, estos son cada vez más frecuentes, por cuanto forman parte de los programas de la currícula de la formación escolar. Ahora bien, el notario es el profesional facultado para extender la formalización de la autorización de los padres para la realización de los viajes al interior y al exterior de sus hijos. La competencia notarial se encuentra establecida en el Código de los Niños y el Adolescente, en el art. 111, que contempla tres casos diferentes de viajes de niños o adolescentes.

5.2.2.1. Viaje fuera del país de niños o adolescentes que viajan solos o acompañados por uno de sus padres

Es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial. En estos casos, se custodia, en forma especial, el tema del tráfico ilícito de menores al exterior, que puede implicar la violación del derecho de libertad del menor o el abuso de confianza que permita que este sea separado de sus padres. Así, se dificulta su ubicación

fuera del país, lo que imposibilitaría además el derecho de ejercer la patria potestad, la tenencia y, en algunos casos, el régimen de visitas.

5.2.2.2. Viaje del hijo con uno de los padres fallecido o reconocido por uno solo de ellos

Bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o de nacimiento correspondiente. En este caso, no existe norma que haya regulado con más detalle las formalidades que debe cumplir el notario. En nuestra opinión, debería de considerarse, en forma especial, el principio rector del interés superior del menor, establecido en el art. IX del Título Preliminar del Código, así como el principio señalado en el art. X del Título Preliminar, que establece la obligación de las autoridades judiciales y administrativas denominado “proceso como problema humano”. El texto señala que “el Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”.

Invocamos la aplicación de estos principios como criterios a ser considerados por el notario al formalizar las autorizaciones de viaje de los menores cuyo padre ha fallecido o no ha sido reconocido, para que la atención de estos casos no sea negada al ser derivada al Poder Judicial, donde además no serán atendidos por carecer de competencia. Lamentablemente, hasta antes de la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes, el Poder Judicial era el único encargado de autorizar los casos de viajes de menores y, aun en la actualidad, algunos notarios se niegan a atenderlos, pese a que existe reconocimiento expreso de su competencia.

Por otro lado, consideramos que el notario debe aplicar una interpretación extensiva respecto a la acreditación del fallecimiento del padre, aceptando la inscripción de la ampliación del testamento o la sucesión intestada como pruebas suficientes. Es de suponer que, si existe publicidad en las anotaciones registrales del Registro de Testamentos y Sucesiones Intestadas de la declaración de herederos del padre o madre del menor, resulta innecesaria la presentación de la partida de defunción.

En el caso de los menores cuyo padre no los ha reconocido, resulta suficiente la presentación de una partida de nacimiento reciente, en la que aparezca el reconocimiento de solo uno de los padres, para acreditar que la patria potestad es ejercida por el progenitor que lo ha inscrito. Respecto al progenitor que ni siquiera ha reconocido el hijo, es lógico suponer que este no ejerce la patria potestad, no tiene la tenencia del hijo y menos aun podría reclamar un régimen de visitas; por tanto, no tiene el derecho de prestar el consentimiento al menor que no ha reconocido como hijo.

5.2.2.3. Viaje de niño o adolescente que se realice dentro del país

Bastará la autorización de uno de los padres. No obstante, la norma resulta demasiado escueta, pues no ha cumplido con distinguir los casos en que los menores viajan dentro del país sin el acompañamiento de los padres, de aquellos en que viajan con uno de ellos. La norma ha planteado el caso refiriéndose únicamente al lugar de destino del menor, sin tomar en cuenta las personas que lo acompañaran. Ello ha creado las siguientes dudas:

- ¿Si el menor viaja dentro del país con uno de los padres, puede el padre que lo acompaña otorgar la autorización?

- ¿Es el padre que no acompaña al hijo el obligado a prestar la autorización?
- ¿En los casos que viajan los dos padres con el hijo al interior del país, es también obligatorio que uno de ellos otorgue la autorización?

Al no existir regulación expresa, queda a criterio de cada notario analizar las autorizaciones de viaje de los menores al interior de país, según se presente cada caso en particular. En nuestra opinión, no se puede distinguir donde la ley no hace distinciones, así como tampoco se puede obligar a los padres a que cumplan con requisitos no previstos en las disposiciones legales. Por ende, consideramos que en todos los casos en que el menor viaja al interior, debería resultar suficiente la autorización de uno de los padres, que puede ser inclusive de aquel que va a viajar con el menor.

5.2.3. Formalización notarial de la autorización de viaje de menor

El documento de autorización de viaje es otorgado por los padres a los hijos menores en un acta extraprotocolar, regulada en los art. 94 del Decreto Legislativo 1049. El art. 98 del mismo dispositivo legal contiene la definición de las formalidades de la actuación notarial en las actas extraprotocolares:

Artículo 98.- Definición

El notario extenderá actas en las que se consigne los actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste y que no sean de competencia de otra función.

Las actas podrán ser suscritas por los interesados y necesariamente por quien formule observación.

El Colegio de Notarios de cada jurisdicción ha establecido, para mayores garantías, el uso obligatorio de papel de seguridad proporcionado por el propio Colegio a los notarios de su jurisdicción y otras medidas adicionales de seguridad⁽⁴¹⁾.

En principio, las actas de autorización de viaje, una vez formalizadas, son entregadas a los solicitantes para su presentación a las autoridades migratorias o las empresas de transporte que serán utilizadas para el viaje de los menores. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el art. 96 del Decreto Legislativo 1049, “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”. Por consiguiente, el notario conserva en su protocolo un índice cronológico de las autorizaciones de viaje que formaliza, y luego remite al Colegio de Notarios y a las autoridades respectivas una copia de este índice.

5.2.4. Evolución de los derechos de los menores a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño

El Perú suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990. A los dos años, promulgó la Ley 26102, Código de los Niños y Adolescentes, que fue modificado en el año 2000 con la promulgación de la Ley 27337, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. Una de las principales modificaciones del Código se encuentra en materia de capacidad de los niños y adolescentes. El Código Civil encasillaba a todos los menores dentro del concepto de “incapacidad”; recién a partir de los 16 años, su categoría mejoraba, al serles reconocida la condición de “relativamente incapaces”, lo que significaba que el mayor

(41) Estas incluyen, entre otras, la numeración que permite garantizar que el papel utilizado ha sido comprado al Colegio de Notarios por el notario que lo utiliza.

de 16 años adquiriría capacidad sólo para algunos actos excepcionales determinados en el Código Civil. A partir del Código de los Niños y el Adolescente, se recogen los principios de la Convención relacionados con el reconocimiento de los derechos fundamentales, en especial el derecho a la libertad y respeto a la dignidad en el caso particular de los niños y adolescentes. En mérito a ello, el art. IV del Título Preliminar del Código de los Niños y el Adolescente establece un nuevo concepto de capacidad:

Artículo IV.- Capacidad

Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes.

El Código de los Niños y el Adolescente define a los menores en el art. 1, distinguiendo diferentes etapas en su evolución, a partir de la concepción hasta cumplir la mayoría de edad. Para ello, establece las siguientes denominaciones: “9. Niño: Desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad. 10. Adolescente: Desde los 12 años hasta los 18 años”. El Código reconoce que la capacidad se encuentra relacionada con el proceso de desarrollo del niño y el adolescente, es decir, la capacidad del menor se otorga de acuerdo a su nivel de comprensión, el que no necesariamente ocurre a la misma edad en cada menor. Además, asume la capacidad de los menores para la realización de actos civiles y determina un régimen de asistencia, mas no de sustitución del ejercicio de los derechos por sí mismo, que es inherente a toda persona, incluyendo a los menores dentro de su grado de comprensión.

El término de capacidad, para distinguir a las personas sujetos de ejercer sus derechos, ha cambiado en la doctrina y en algunas legislaciones. Tiende a ser reemplazado, hoy en día, por el de competencia, que es menos rígido y más bien pretende eliminar toda forma de discriminación *a priori* que recorte los derechos fundamentales o la dignidad de la persona. Aída Kemelmajer de Carlucci, al analizar la capacidad del menor a prestar consentimiento informado sobre su propio cuerpo, distingue los conceptos de capacidad y competencia:

(...) capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; por eso, y por razones de seguridad jurídica, generalmente las leyes establecen una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad (...) Competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión; si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar (2001, p. 114).

5.2.5. El derecho a la libertad de opinión del menor

El art. 9 del Código de los Niños y el Adolescente reconoce el derecho a la libertad de opinión:

Artículo 9.- A la libertad de opinión

El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los menos que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

El texto abandona el concepto de protección paternalista de los padres, el Estado y de toda autoridad pública y privada, a partir del reconocimiento de una protección integral de los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, con vías legales efectivas para ejercerlos y exigirlos. Es en este nuevo contexto en que consideramos que el notario está en aptitud de ser reconocido como el profesional de Derecho que facilita el derecho del menor a expresar su opinión en todos los actos de su incumbencia. El Código de los Niños y el Adolescente solamente ha contemplado la posibilidad de los menores de expresar su opinión en casos concretos, como cuando el juez tiene que resolver procesos en que se discute la custodia y tenencia del menor (art. 85) y en las autorizaciones de matrimonio de adolescentes (art. 114). Por consiguiente, la normativa vigente, al ignorar el derecho del niño y el adolescente a expresar su opinión ante todas las autoridades que tienen competencia para conocer asuntos de su incumbencia, atenta contra el derecho a la libertad de expresar su opinión.

En nuestra opinión, los adolescentes podrían nombrar apoderados por escritura pública, en casos especiales, para ejercer sus derechos civiles. Del mismo modo, deberían intervenir directamente, manifestando su voluntad, aceptando, rechazando

o renunciando a actos tales como las autorizaciones de viaje, disposición o gravamen de bienes de su propiedad, y otros actos y contratos que podrían ser identificados y regulados en forma expresa. El art. 456 del Código Civil ya tiene establecido que “el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresamente o tácitamente el acto o lo ratifiquen”. La consecuencia de la no autorización, señala el mismo artículo, es la siguiente: “el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho (...) el menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero”.

El reconocimiento de la capacidad de los menores, desarrollado en el art. 456 del Código Civil antes detallado, debería ser mejorado en su redacción a partir de la aplicación de los nuevos principios y normas establecidas en el Código de los Niños y el Adolescente. Así, deberían precisarse las circunstancias y condiciones en las cuales el notario puede recibir directamente a los menores a ejercer sus derechos por sí mismos en sede notarial.

En síntesis, resulta claro que las normas legales que actualmente regulan los derechos del niño y el adolescente como sujeto pleno de derecho deben ser modificadas, al reconocer la necesidad de que el notario quede facultado para respetar la autonomía de los menores para ejercer por sí mismos sus derechos de acuerdo a su madurez y entendimiento. De tal manera, se garantizaría que estos puedan expresar su opinión, sean escuchados y reciban el asesoramiento, el consejo y la información acerca de la legalidad de los actos que resultan de su incumbencia (Rajmil & Arévalo, 2010).

5.3. El notario como garante del derecho de las personas con discapacidad

La ratificación del Perú de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige del Estado un cambio de paradigmas en el tratamiento y concepción de dicho tema: de un modelo médico o rehabilitador, se deberá pasar a un modelo social o integrador. Anteriormente, las personas con discapacidad eran calificadas como enfermas, incluso ocultadas por la propia familia. A partir de la Convención, se exige que la persona con discapacidad sea mirada por la sociedad y el Estado con una dimensión humana y personal.

Así, se debe reconocer que esta se encuentra en una situación de desventaja social a ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades y no al revés. La integración se sustenta en la autonomía de la persona con discapacidad. Los cambios deben provenir del Estado y de la sociedad, de manera tal que se proteja y fomente, a partir de una participación activa, el logro de los objetivos primordiales de la persona. Solo de ese modo, este podrá alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

Una de las exigencias de la Convención a los países ratificantes consiste en establecer “Ajustes Razonables”, que según define en el art. 2 son

(...) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

El art. 12 de la Convención reconoce el derecho a la igualdad de la persona con discapacidad e impone la obligación de su reconocimiento legal: expresamente establece el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. Asimismo, establece que las personas con discapacidad tienen “capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”. En consecuencia, la discapacidad física o intelectual no es más la justificación de la pérdida o disminución del derecho de igualdad de las personas.

El inciso 4 del mismo art. 12 introduce el concepto de “salvaguardas adecuadas a favor del ejercicio de la capacidad jurídica”, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos:

Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

El reconocimiento del derecho de autonomía de la persona con discapacidad, así como las obligaciones impuestas por los cambios de paradigmas que debemos adoptar los particulares y las autoridades a favor de esta, es un tema que necesariamente debe promover una reflexión en el ejercicio de la función notarial. El notario no puede ser ajeno a la aplicación de ajustes razonables en la prestación de servicios a las personas con discapacidad, especialmente si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el art. 1 de la Convención, “son personas con discapacidad (...) aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales intelectuales o sensoriales”.

A pesar de que no existe norma expresa que establezca alguna obligación del notario dirigida a cumplir con ajustes razonables, o eliminar barreras que impidan o limiten el acceso a los servicios notariales de las personas con discapacidad, basta la vigencia de la Convención, incorporada a la legislación, así como lo dispuesto en la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, para que asuma especiales medidas con el fin de asegurar el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad⁽⁴²⁾.

La función asesora que cumple el notario frente a los actos y los contratos para los cuales solicitan su intervención las personas con discapacidad tiene que adaptarse a la capacidad y cultura de los otorgantes, de modo que estos conozcan en el momento de la formalización de sus documentos las obligaciones que asumen, los derechos que se les reconoce, así como los alcances y consecuencias que de él se derivan. El notario cumple una triple función de consejo, asistencia y determinación del juicio de capacidad de los otorgantes.

5.4. La incapacidad absoluta de las personas mayores de edad

El Código Civil sigue la teoría de la capacidad como elemento natural de la persona. Desarrolla el tema desde una posición dualista, a saber, capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En el art. 3, establece la universalidad de la capacidad: “toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”. Por su parte, la capacidad de ejercicio de todas las personas mayores de edad se encuentra reconocida en el art. 42 del Código Civil, que establece lo siguiente: “tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que

(42) De ese modo, se podrá “lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión en todos los aspectos de la vida”, como lo señala el art. 26 de la Convención.

hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los arts. 43 y 44”.

En lo que respecta al tema de la capacidad de la persona, el Código Civil lamentablemente sigue regulando el tema de la incapacidad como un binomio: mantiene el concepto de capacidad versus incapacidad, al presentar ambos conceptos como opuestos.

Según lo dispuesto en el art. 565 del Código Civil, la designación de curador se encuentra contemplada para las personas referidas en los arts. 43 (incisos 2 y 3) y 44 (incisos 2 a 8), que establecen lo siguiente:

Artículo 43.- Incapacidad absoluta

Son absolutamente incapaces

2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 44. Incapacidad relativa

Son relativamente incapaces

2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

En conclusión, el Código Civil no especifica que la capacidad sea un proceso que se adquiere paulatinamente y se pierde, por lo

regular, de la misma manera. Este hecho comprobado es reconocido en las legislaciones más modernas, que han adecuado los conceptos legales a la realidad en temas de salud mental. La capacidad, una vez obtenida, se va perdiendo gradualmente con el transcurso del tiempo. Esta se ve afectada por la pérdida de habilidades mentales, el deterioro de la salud mental y física, la acción ajena e imprevista de un accidente o ante hechos relacionados a la salud (en algunos casos predecibles y en otros, no). Podría ser la consecuencia, por ejemplo, de los efectos colaterales de una operación quirúrgica o de la aplicación de un tratamiento médico severo.

5.4.1. La curatela: institución de amparo de la persona incapaz mayor de edad

La institución de la curatela se encuentra regulada desde el art. 564 hasta el 618 del Código Civil. Fue concebida a partir del concepto de capacidad jurídica, antes descrito como una institución de amparo familiar.

En la fecha en que fue promulgado el Código Civil de 1984, se encontraba todavía vigente el concepto de “familia tradicional”, entendida como el núcleo de la sociedad. Esta se conformaba por una pareja unida en matrimonio, vinculada a los demás integrantes por lazos de consanguinidad. Entre los presupuestos del legislador, se encontraba la unión indestructible de los vínculos generados en la familia, que entre otras cosas aseguraba el apoyo moral y económico entre sus miembros.

La realidad actual de la familia es muy diferente. El legislador y los tribunales reconocen cada vez mayor diversidad de sus integrantes, los diferentes tipos de vínculos, las obligaciones y los derechos entre ellos. La corta duración de los matrimonios, las diversas modalidades

de uniones de pareja, los hijos que se incorporan en las nuevas familias, el hecho de no compartir el mismo domicilio (ya sea por razones de trabajo, estudio o salud), son tan solo algunas de las circunstancias que han variado los presupuestos bajo los cuales se reguló originalmente la institución de la familia.

La curatela se encuentra contemplada en el Capítulo Segundo del Título II del Código Civil, denominado “Instituciones Supletorias de Amparo”. La tutela y el consejo de familia, que constituyen las otras dos instituciones de amparo familiar, se encuentran reguladas en el Capítulo Primero y Tercero, respectivamente, de esta misma sección. La tutela está prevista para proteger a los menores en sustitución de sus padres y puede ser determinada por el juez, por los padres en testamento o por escritura pública. El Consejo de Familia es de exclusiva designación judicial.

La curatela es una institución prevista para las personas mayores de edad en determinados casos de incapacidad, ya sea absoluta o relativa. Concretamente, se refiere a las personas que se encuentran en las situaciones indicadas en los incisos 2 y 3, art. 43 del Código Civil; y en los incisos 2 a 8 del art. 44. La designación del curador era de exclusiva competencia del juez.

5.4.2. La designación del propio curador

La institución de la curatela fue modificada en el mes de diciembre del año 2010 con la promulgación de la Ley 29633, denominada “Ley que fortalece la Tutela del Incapaz o Adulto Mayor Mediante la Modificación de Diversos Artículos del Código Civil”, promulgada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 18 de diciembre del 2010. Esta norma modifica la institución de curatela regulada en el Código Civil; incorpora el art. 568-A, que faculta a toda persona

adulto mayor a nombrar en forma anticipada la persona que ejercerá el cargo de curador en caso de su futura incapacidad; modifica el art. 569, al instituir estableciendo la prelación de la curatela legítima; e incorpora el inciso 9 al art. 2030, que establece la inscripción del nombramiento del curador en el Registro Personal.

En cuanto a las formalidades, la Ley ha señalado la escritura pública como la única forma válida para el nombramiento del curador, otorgándole con ello al notario competencia en un nuevo tema que constituye el reconocimiento de autonomía de la persona ante su propia incapacidad. Además, establece la inscripción del acto en el Registro Personal de la Oficina de los Registros Públicos.

La regulación de la curatela, establecida en la Ley 29633, se encuentra referida solo a las personas mayores adultas que se encuentren en los supuestos contemplados en los numerales 2 y 3 del art. 43, y numerales 2 y 3 del art. 44 del Código Civil. En consecuencia, el nombramiento del propio curador apenas tendría vigencia en los siguientes casos:

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

Resulta lamentable que una ley moderna, que incorpora la autotutela o actos de autoprotección a través de la facultad del nombramiento del propio curador, se haya visto obligada a conservar, por razones de técnica legislativa, el infeliz texto del

todavía vigente Código Civil. Dicho proyecto de ley fue elaborado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, y aprobado por la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social del Congreso de la República. No existió debate conocido, ni publicidad previa alguna; por el contrario, su promulgación tomó por sorpresa a la ciudadanía, hasta el punto de que, a pesar de haber transcurrido más de tres años desde la promulgación de la norma, son muy pocos los comentarios presentados por la doctrina nacional. Además, sigue pendiente la expedición y las normas complementarias que permitan la mejor ejecución de tan importante cambio en la institución de la curatela.

A pesar de lo mencionado, han sido inscritas en las oficinas registrales, a nivel nacional, diversas escrituras públicas de designación del propio curador, lo que acredita la aceptación de la sociedad de esta facultad anhelada desde hace algún tiempo. Este hecho cobra mayor relevancia al tener en cuenta los cambios ocurridos en la estructura de la familia (tales como la adopción de nuevos modelos o el reconocimiento de la unión de hecho) y las nuevas posibilidades que plantea el diagnóstico, en las decisiones referidas a la salud mental de las personas.

Una primera reflexión que motiva la Ley es el título asignado por el legislador: “Ley que fortalece la Tutela del Incapaz o Adulto Mayor Mediante la Modificación de Diversos Artículos del Código Civil”. El título de una norma jurídica, usualmente, tiene como objetivo resaltar en forma breve los aspectos que regula. Por ello, este nos sugiere las siguientes interrogantes: ¿incapaz y adulto mayor son sinónimos? ¿Todo adulto mayor es incapaz?

Entendemos que son dos conceptos diferentes. “Adulto mayor” es un término que no aparece contemplado en el Código Civil. Este

cuerpo legal, que se maneja con terminología vigente en la fecha de su promulgación 1984, se refiere a la persona como “menor de edad” y “mayor de edad”.

En cuanto al concepto de capacidad, el Código Civil distingue a las personas, al clasificarlas como “capaces”, la edad es uno de los criterios utilizados, e “incapaces” (a los que a su vez divide en incapaces “absolutos” y “relativos”). Si bien no define el término, el legislador establece los casos en que se adquiere la capacidad de ejercicio o de goce, en los que no se ha adquirido aún o en que, teniéndola, se pierde.

Por su parte, la curatela, regulada en el Código Civil hasta antes de la Ley 29633, no hizo mención alguna al concepto “adulto mayor”. La definición de este término apareció en la legislación nacional recién con la Ley 28803, de fecha 19 de julio del año 2006. El objeto establecido en el art. 1 de la norma es garantizar los mecanismos legales para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en la Constitución Política y los tratados internacionales vigentes de las personas adultas mayores. De ese modo, se logrará mejorar su calidad de vida e integrarlos plenamente al desarrollo social, económico, político y cultural, contribuyendo al respeto de su dignidad.

El art. 2 de la Ley 28803 define el concepto legal de adulto mayor: “entiéndase por personas adultas mayores a todas aquellas que tengan 60 o más años de edad”. Esta norma legal fue promulgada como resultado de la aplicación de diversos compromisos asumidos en eventos internacionales, que se desarrollaron en los últimos 20 años del s. XX⁽⁴³⁾.

(43) La preocupación generalizada por la calidad de vida de la persona mayor o de la tercera edad, así como la necesidad de protección especial que merece del Estado, se inició con la Primera Asamblea Internacional sobre el Envejecimiento (Viena, 1982). Dicha inquietud fue asimismo objeto de reflexión en la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social (Copenhague, 1995). Dichos acontecimientos motivaron, en el año 1988, la

En el año 2006, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) presentó el “Plan Nacional para las Personas Adultas Mayores 2006-2010” (D.S. N° 006-2006-MIMDES), con la finalidad de implementar acciones coordinadas entre las organizaciones gubernamentales y la sociedad civil. De esa forma, se buscaba incrementar la calidad de los servicios de salud y así garantizar un envejecimiento saludable.

El título de la Ley 29633 señala, como uno de sus objetivos, el de fortalecer la tutela. Por ello, modifica las normas del Código Civil que regulan la tutela del adulto, denominada curatela. A pesar de que aquella es una institución de amparo familiar destinada a proteger a los menores, la curatela y la tutela han sido regulados en el Código Civil por las mismas normas en todo lo que resultase pertinente, salvo en algunas reglas específicas de cada institución, que resultan siendo excepcionales. En el caso de la tutela, se reconoce a los padres como tutores de los hijos menores y adultos incapacitados. También, establece la posibilidad de que ellos designen tutor por escritura pública o testamento. En el caso de la curatela de la persona mayor de edad, el nombramiento, según el texto del Código Civil antes de la Ley 29633, era exclusivamente judicial, según el orden preestablecido en el art. 509 del Código Civil⁽⁴⁴⁾.

aprobación del Plan Nacional de Población 1998-2002 (Aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-98-PROMUDEH), dispositivo que recoge el mandato de las Naciones Unidas de proporcionar un marco de referencia para la protección y promoción de los derechos de personas de más de 60 años, a los cuales se hizo referencia como los “Adultos Mayores”. A nivel internacional, se evaluaron los resultados de este compromiso en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (Madrid, 2002). En dicho encuentro, se aprobó el Plan de Acción y Estrategias a largo plazo para un envejecimiento saludable.

(44) “Artículo 569.-

La curatela de las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, corresponde:

1. Al cónyuge no separado judicialmente.
2. A los padres.

En consecuencia, nos preguntamos lo siguiente: ¿el legislador solo ha pretendido modificar la curatela, al establecer la posibilidad del nombramiento anticipado de toda persona mayor de edad? ¿O debemos entender que se encuentra incorporada la posibilidad de que una persona adulta mayor pudiera nombrar a su propio curador, aun en los casos en que se encuentre incurso en una de las causales previstas para la declaración de interdicción? De ser esta última una interpretación válida, el nombramiento del curador es una facultad que puede ser invocada para proteger a cualquier persona, se encuentre en estado de incapacidad o no, con el solo requisito de ser mayor de edad.

En otras legislaciones europeas, como el Código Civil Italiano, se reconoce la figura del curador por decisión propia del adulto mayor. Este, manteniendo sus facultades para actuar por sí mismo, toma la decisión de designar curador con el objeto de que lo proteja y actúe en su nombre ante determinados actos, tales como prestar el consentimiento en medidas relacionadas con su propia salud.

La nueva relación horizontal del médico con el paciente ha motivado el deber de información previa de los profesionales de la salud con este último. Del mismo modo, la consecuente obligación de recabar el consentimiento informado en forma previa, trae como resultado una nueva responsabilidad para el propio paciente respecto de sí mismo. En efecto, el paciente no tiene más una actitud pasiva frente a las decisiones médicas respecto de su salud. Por el contrario, es un sujeto activo que recibe información, la analiza y forma una voluntad

-
3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia.
 4. A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.
 5. A los hermanos”.

propia, aceptando o rechazando las posibilidades que se le presentan. Así, la persona ejerce el control del ejercicio que los profesionales de la salud asumirán respecto a sí mismo. Este nuevo rol del paciente, sin embargo, ha tomado por sorpresa a algunas personas, en especial a los adultos mayores, quienes frecuentemente prefieren no tomar decisiones por sí mismos. La información y la posibilidad de elegir les produce temor e inseguridad, por lo que renuncian al ejercicio de este derecho, al otorgarle la facultad a un tercero (quien presta el consentimiento o rechazo de la propuesta médica).

A pesar de que el proyecto y la ley no han presentado una exposición de motivos suficiente, resulta claro que la colectividad venía reclamando el derecho de designar en forma voluntaria y anticipada el nombramiento del curador, ante el evidente perjuicio que significa el transcurso del tiempo necesario para obtener su designación por vía judicial. Anteriormente, el Código Civil determinaba la exclusiva facultad del juez de nombrar la persona del curador, siendo un requisito indispensable previo la declaración judicial de interdicción. El art. 568 del Código Civil establece, para la curatela, la aplicación supletoria de las reglas relativas a la tutela. El art. 569 del mismo cuerpo legal establece la prelación de las personas a ser designadas por el juez, en el cargo de curador.

La Ley 29633 optó por la modificación de este dispositivo legal, al incorporar, en forma previa al 569, un nuevo artículo designado por la Ley como art. 568-A, que establece la facultad de todo adulto mayor de nombrar su propio curador⁽⁴⁵⁾. En consecuencia, el otorgante puede designar a una o varias personas. En caso de ha-

(45) **“Artículo 568-A.- Facultad para nombrar su propio curador**
Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos”.

ber más de un curador, su ejercicio puede ser conjunto, indistinto o sucesivo. La elección le corresponde al otorgante al momento del nombramiento.

La actuación conjunta de más de un curador puede estar justificada en la diversa naturaleza de las facultades que les puedan ser asignadas. Así, por ejemplo, uno de los curadores podría recibir las facultades necesarias para el cuidado personal del otorgante; otro, las que se encuentren destinadas a la administración de los bienes.

Además, la facultad del otorgante de designar más de una persona en el cargo de curador se asimila a lo previsto por el legislador en el nombramiento de albacea, especificado en el art. 778 del Código Civil, que señala lo siguiente: “el testador puede encomendar a una o varias personas, a quienes se denomina albaceas o ejecutores testamentarios, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad”.

Resulta recomendable que se estipule una norma similar a la establecida en el art. 780 (que regula la actuación de la pluralidad de albaceas):

Artículo 780.- Pluralidad de albaceas

Cuando hay varios albaceas testamentarios nombrados para que ejerzan el cargo conjuntamente, vale lo que todos de consuno o lo que haga uno de ellos autorizado por los demás. En caso de desacuerdo vale lo que decide la mayoría.

Al regular la actuación de varios curadores, habrá que tener en cuenta la naturaleza específica de dicho encargo. A diferencia del

albacea, que solamente administra bienes de la masa hereditaria, el curador debe dirigirse tanto a atender el cuidado de la persona declarada interdicta (velar por su salud, alimentación y bienestar) como a administrar sus bienes. Es probable que lo conveniente sea que el otorgante, al realizar el nombramiento, establezca las obligaciones del curador, las que, por un lado, son de naturaleza extrapatrimonial –de índole personalísima–; y, por el otro, corresponden a la esfera de los derechos extrapatrimoniales. Solo por excepción y previa autorización expresa podrán ejercerse facultades de naturaleza patrimonial; subsiste, por tanto, la actitud conservadora del patrimonio del sujeto devenido en incapaz.

Una de las particularidades de la Ley 29633, respecto al nombramiento de la persona del curador, es haber contemplado la posibilidad de que la persona declare su voluntad en la escritura pública únicamente de forma negativa: esto es, que no ejerza la facultad de nombrar su curador, pero que imposibilite que el juez nombre a una persona que podría encontrarse entre los previstos en la ley para ejercer el cargo. La negativa a la designación de determinada persona como curador no tiene que ser justificada, puesto que, a pesar de que las personas contempladas en el Código para ocupar el cargo son el cónyuge y los parientes directos, no constituye un derecho de estos el ser designados como curadores. Este es, más bien, un privilegio de la propia persona ante su futura incapacidad. Por ello, se concluye que, a pesar de mantenerse la curatela dentro de las instituciones de amparo familiar, el legislador ha reconocido que existe la posibilidad de que alguien encuentre fuera del entorno familiar a la persona con mayores cualidades para dicho cargo. Se ratifica pues que la facultad concedida a toda persona adulta mayor de nombrar a su propio curador es un reconocimiento al derecho de autodefinición de su proyecto de vida, que se mantiene más allá de la capacidad.

5.4.3. Formalidades de la designación del nombramiento de curador

En cuanto a los aspectos formales del nombramiento del curador, la Ley 29633 ha señalado los siguientes requisitos.

5.4.3.1. Escritura pública

La escritura pública es la más exigente de las formalidades que el legislador o las partes deben seguir, para así obtener la mayor garantía de seguridad, certeza, conservación y fe pública. Los requisitos formales de los actos y contratos se encuentran regulados en el Código Civil, en cada caso específico. En nuestro ordenamiento legal, la escritura pública exige como requisito previo la presentación de la minuta o contrato privado suscrito por los otorgantes, y autorizado por abogado. De acuerdo con la legislación peruana, el notario no está autorizado a suscribir minutas, salvo en aquellos casos (como de causa propia o de familiares directos) en los que este, por norma expresa, se encuentre prohibido de ejercer su función⁽⁴⁶⁾.

No obstante lo anteriormente señalado, existen determinados actos o contratos, previstos expresamente en la legislación, en los cuales no resulta exigible la presentación de la minuta para la extensión de la escritura pública. En su mayoría, estos casos se

(46) “Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo N° 1049.

Artículo 17.- Prohibiciones al Notario

Está prohibido al notario:

- a) Autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente.
- b) Autorizar instrumentos públicos de personas jurídicas en las que él, su cónyuge, o los parientes indicados en el inciso anterior participen en el capital o patrimonio, salvo en aquellos casos de sociedades que se cotizan en la bolsa de valores; así como de aquellas personas jurídicas en las que tengan la calidad de administradores, director, gerente, apoderados o representación alguna”.

vinculan a temas familiares. La opción del legislador habría sido beneficiar la formalización de actos de repercusión en el ámbito familiar, al dotarlos de la seguridad de la escritura pública, mas simplificando su procedimiento.

De conformidad con lo establecido en el art. 58 del Decreto Legislativo 1049, no es exigible la minuta en “nombramiento de tutor y curador en los casos que puede hacerse por escritura pública”. El nombramiento de curador, establecido en la Ley 29633, no señala en forma expresa si resulta exigible la minuta como requisito previo a la formalización ante notario, con la extensión de la escritura pública. Consideramos que la minuta no debería ser un requisito previo en este caso particular, debido a la reserva que debe procurarse en el nombramiento del curador. Del mismo modo, se debe tener en cuenta el criterio del legislador en otros casos de similar naturaleza, en los que ha eximido al otorgante del requisito de presentación de la minuta. Es más, se plantea que aun sin aclaración expresa de la norma para esta nueva facultad (de nombrar curador en forma anticipada), que ha regulado la Ley 29633, resultaría de aplicación el inciso c), art. 58 del Decreto Legislativo 1049 (antes transcrito), que establece que no resulta exigible la minuta en los casos de nombramiento de curador que pueden hacerse por escritura pública.

5.4.3.2. Testigos

La Ley 29633 exige la intervención de dos testigos; sin embargo, no ha establecido los requisitos y/o impedimentos para ocupar dicho cargo al momento de extenderse la escritura pública. La presencia de testigos en sede notarial ha quedado reducida a algunos casos puntuales: el otorgamiento de testamento por escritura pública, el testamento cerrado, la formalización de una escritura pública de una persona iletrada o con impedimento físico para firmar, entre otros.

Así también, es requisito indispensable la presencia de testigos en el trámite de algunos procesos no contenciosos por disposición expresa de norma especial, como el reconocimiento de la unión de hecho o la prescripción adquisitiva de dominio.

Al tener en cuenta la naturaleza del acto que constituye el nombramiento del propio curador, es evidente que el testigo debería ser una persona que tenga cualidades específicas que acrediten su idoneidad para participar en este acto. Consideramos que deberían resultar de aplicación los requisitos e impedimentos similares a los testigos en testamento, por tratarse de actos jurídicos análogos. Esta similitud se evidenciaría sobre todo en la trascendencia del acto unilateral que realiza el otorgante y los requisitos de reserva, que exigen la mayor discreción, imparcialidad y ausencia de interés personal del testigo.

5.4.3.3. Facultades

La Ley 29633 no ha establecido limitación alguna a las facultades que el otorgante puede asignar al curador. Sin embargo, consideramos que resultaría de aplicación en este caso lo dispuesto en el Código Civil para la misma circunstancia. El art. 576 del Código Civil señala que “el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de incapacidad, en sus negocios”. Las facultades del curador contempladas en el Código Civil responden a la realidad vigente en la fecha de su promulgación, en la que el legislador no había recogido aún ciertos derechos de los pacientes. Nos referimos tanto al derecho a ser informado en forma previa con respecto a cualquier medida a ser aplicada en materia de su salud, como a la obligación de los médicos, y demás profesionales de la salud, de recabar el consentimiento informado del paciente.

La Ley General de la Salud del Perú, Ley N° 26842, fue publicada 13 años después (1997), a la vigencia del mismo Código Civil. Es recién en esa fecha que se incorporaron en la legislación nacional los derechos del paciente. Así lo contempla el art. 4 de la Ley, que dice lo siguiente: “ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia”.

La norma se pronuncia, a continuación, respecto a las personas incapaces y las formalidades del consentimiento informado:

En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

El último párrafo de esta norma hace una invocación a que el reglamento establezca “los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido”.

El derecho de información del paciente y el consentimiento informado, que se encontraban regulados desde su promulgación en el art. 15 de la Ley General de la Salud, fueron modificados por la Ley

29414, Ley que establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud, publicada el 2 de octubre del 2009. Tal dispositivo legal reconoce el derecho del paciente a tener acceso de parte de los profesionales de la salud a la información en forma previa, en un lenguaje simple accesible a su entendimiento. Asimismo, establece la obligación de los profesionales de la salud de recibir el consentimiento informado del paciente, antes de cualquier tratamiento, intervención o medida que afecte la salud del paciente.

La Ley General de la Salud ha sido objeto de normas reglamentarias específicas, tales como directivas, resoluciones ministeriales o resoluciones directorales, pero no han sido sistematizadas en un reglamento general. Algunas de las disposiciones de menor rango emitidas por el Ministerio de Salud han establecido formalidades expresas para el otorgamiento del consentimiento informado, según los diferentes casos de aplicación de la ciencia o la tecnología en los pacientes. Algunas de estas, a las que aluden normas de la salud, son la presencia de testigos, la firma legalizada del paciente, entre otros requisitos. Las autoridades de la administración de la salud han entendido que un simple formulario no resulta suficiente para la declaración del consentimiento informado del paciente.

Consideramos que la escritura pública de nombramiento de curador ofrece la oportunidad adecuada para que la persona preste su consentimiento informado en forma anticipada. De esa forma, entregaría al curador las facultades suficientes para realizar las acciones necesarias frente a todo tipo de autoridades y, así, velar por el respeto de su consentimiento informado en materia de la salud.

Nos permitimos sugerir que, al extender la escritura pública, el otorgante, de considerarlo pertinente, exprese lo siguiente:

El curador nombrado en este documento ejercerá las facultades que se indican a continuación, que expresan mi voluntad asumida voluntaria y libremente en pleno uso de mis facultades mentales, y en ejercicio del derecho de autodeterminación del proyecto de vida que he diseñado para mi persona hasta el final de mi existencia, siendo estas las siguientes:

– Decisiones referidas a la salud:

Declaro que en caso de encontrarme en estado vegetativo o con agudo sufrimiento por una enfermedad terminal, sin posibilidad de recuperación, mi voluntad es la siguiente:

- 1) No deseo que me conecten a un respirador artificial, ni que me practiquen la alimentación por vía gaseosa o por entubamiento directo.
- 2) Rechazo todo procedimiento tendiente a la resucitación y los tratamientos invasivos a permanencia que prolonguen mi vida artificialmente.
- 3) Rechazo el resucitador cardiopulmonar.
- 4) No acepto ser sometido a decisión médica alguna que conlleve el riesgo de tener que someterme a diálisis por el resto de mi vida.
- 5) No deseo permanecer internado en un centro hospitalario, ni en un centro de recuperación, casa de bienestar o de cuidados especiales. Es mi mayor deseo permanecer en mi actual domicilio por todo el tiempo que resulte posible.

- 6) Acepto se me administren drogas para aliviar el dolor y evitar el sufrimiento, aunque ellas puedan acelerar mi muerte.

En los supuestos casos en que el otorgante tuviera conocimiento anticipado de los problemas de salud que pueden generar la pérdida de su capacidad, así como los tratamientos o intervenciones (y los riesgos que estos tendrían respecto a su salud), podría hacer referencia expresa a esta situación, al orientar el ejercicio del cargo del curador.

5.4.3.4. Inscripción en el registro de las personas naturales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)

El Registro de Personas Naturales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, de acuerdo con lo estipulado en el inciso a del art. 2 de la Ley 26366, Ley General de los Registros Públicos, unifica el Registro de Mandatos y Poderes, el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro Personal y el Registro de Comerciantes.

De conformidad con lo establecido en el art. 2030 del Código Civil, en el Registro Personal se inscriben “las resoluciones en que se declara la incapacidad y las que limiten la capacidad de las personas”. Coincidimos con la Ley 29633 en que el Registro de Personas Naturales es al que corresponde la inscripción de la designación de la persona del curador. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la ausencia de las formalidades establecidas respecto a la publicidad de la inscripción.

En efecto, tal y conforme ha sido redactada la norma, no se ha enfatizado la reserva que debe exigirse en un acto de dicha

naturaleza. El legislador no habría advertido que la designación de la persona de curador es un acto unilateral, establecido en forma anticipada al momento de su ejecución. El otorgante, al momento de elegir a la persona que podrá ejercer el cargo de curador ante la futura incapacidad, concede un encargo de extrema confianza a un tercero que puede ser su cónyuge, su familiar o un tercero. La designación de dicha persona podría generar resentimientos entre los miembros de la familia del otorgante, lo que alteraría la paz y armonía en las relaciones más íntimas. Por consiguiente, consideramos que la ausencia de reserva de este acto podría tener efectos negativos, al desalentar la utilización de dicha facultad por parte de las personas, ante el temor de la publicidad de una decisión que no necesariamente se habría comunicado a los propios familiares.

El nombramiento de curador se distingue del mandato o poder, en gran medida, debido al momento de su ejecución. El mandatario o apoderado, por regla general, ejerce el mandato inmediatamente después de haber sido designado. En cambio, el curador designado por el interesado ejerce su encargo recién a partir del hecho de la incapacidad del otorgante. En consecuencia, la publicidad del otorgamiento de un mandato o poder se encuentra acorde con la naturaleza del acto y el momento de su ejecución, situación que no ocurre en el caso de la designación del curador.

Entendemos que la designación de curador se asemejaría, más bien, al otorgamiento del testamento; que por ser un acto que contiene disposiciones de carácter extrapatrimonial –tales como la designación de los herederos, legatarios, albaceas o el reconocimiento de hijo, personal y patrimonial–, se debería mantener en reserva hasta que ocurra el fallecimiento del testador. En el caso de la designación de curador, el cargo es de naturaleza personalísima (pues será la

persona encargada de velar por la salud y el bienestar del otorgante a partir de su incapacidad), por lo que debería seguir las mismas reglas de reserva que el testamento.

En consecuencia, la publicidad sin reserva alguna de la designación anticipada del curador atentaría contra el derecho fundamental a la intimidad de la persona, que ha sido reconocido en la Constitución como un límite a la publicidad de la información recibida por cualquier entidad pública o privada. Siguiendo el mismo lineamiento, el art. 128 del Reglamento General de los Registros Públicos, contenido en la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 195-2001-SUNARP-SN, establece como límite al acceso a la información de los actos y contratos inscritos en el archivo registral, aquella que afecte el derecho a la intimidad: “ésta sólo podrá otorgarse a quienes acrediten legítimo interés, conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos”.

En consecuencia, se esperaría que, a pesar de no existir mandato expreso, la Oficina Registral, en aplicación de los dispositivos legales invocados y al tener en cuenta el art. 1 de la Constitución, que establece la defensa de la persona en los derechos fundamentales y el respeto a su dignidad, se debería mantener la reserva de los actos de nombramiento de curador hasta que el propio otorgante se encuentre en estado de incapacidad. El texto de la norma, que podría incorporarse al Reglamento de Inscripciones para los actos de designación de curador, sería el siguiente:

El nombramiento de curador, las modificaciones, ampliaciones, revocaciones, extinción y cualquier resolución judicial que se remita al nombramiento del

propio curador, se inscribirán en el Registro Personal con el carácter de reserva mientras no se acredite el estado de incapacidad del otorgante. Solo se publicitará el contenido de la inscripción al propio otorgante o al juez.

También se encontraría pendiente la estipulación legal de la reserva que debe guardar el notario respecto al nombramiento del curador. Este quedaría prohibido de informar, otorgar testimonios o prestar declaración alguna acerca de las escrituras públicas que hubiese otorgado de nombramiento de curador, hasta la fecha en que el juez le comunique que se haya iniciado el proceso de interdicción o verificado la incapacidad del otorgante.

La Ley 29633 establece que el nombramiento de curador efectuado por el interesado bajo las formalidades establecidas en la ley tiene efectos vinculantes para el juez, por lo que este último no podría nombrar a persona distinta a la designada por el curador. En este caso, la intervención del notario en la escritura pública resulta suficiente para eliminar la posibilidad de que sea el juez quien designe a la persona del curador. De esa manera, se eliminaría el principio jurídico anteriormente vigente, “la ley piensa por el incapaz”, que justificaba la exclusiva designación judicial de la persona del curador. Así, el segundo párrafo del nuevo art. 568-A, introducido por la Ley 29633, establece lo siguiente: “el juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez”.

De la lectura de esta norma, se advierte que el valor vinculante y, por consiguiente, la ejecución del nombramiento efectuado en forma anticipada por la persona no surtiría efectos hasta después de declarada

la interdicción del otorgante. Sin embargo, nos preguntamos: ¿en todos los casos en que la persona se encuentre en incapacidad de expresarse por sí mismo, presupuesto para el cual nombra el curador en forma anticipada, sería necesario esperar la declaración de interdicción? ¿Acaso no existiría la posibilidad de que la incapacidad total y absoluta del otorgante sea tan solo temporal, y que aun así se requiera el ejercicio del cargo del curador nombrado, sin esperar el pronunciamiento judicial que declare interdicto al otorgante?

Nos referimos a casos como el de una persona que, por razones de enfermedad o accidente, quede absolutamente incapaz de expresarse en forma válida, hasta que se someta a una intervención, que en breve tiempo lograría que recupere su capacidad total. ¿No podría el curador ejercer el cargo de inmediato?

Consideramos que el legislador debería reflexionar sobre la actualización integral de la institución de la curatela y la consiguiente declaración de interdicción. Asimismo, se deberían tener en cuenta las diversas situaciones en las que se puede encontrar una persona frente a la atención de su salud, de manera tal que se le otorgue las herramientas legales necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho a decidir acerca de la persona de su curador, y prestar su consentimiento en todos los demás temas relacionados con su salud, ya sea directamente o a través de este. Para el último caso, podría expresar su voluntad por adelantado, mediante el otorgamiento de una escritura pública que se haría efectiva en el momento inmediato en que es requerida.

Proponemos que se establezca que, frente a casos de inmediata necesidad del otorgante, la persona, designada en forma anticipada en escritura pública, se encuentre facultada para asumir el cargo. Con el objeto de evitar abusos, podría establecerse la obligación del curador

de comunicar los hechos al juez, para lo cual deberá acompañar el certificado médico que acredite la incapacidad del otorgante.

En la fecha, existe ya regulación especial dirigida a la verificación inmediata (por parte del fiscal, juez u otra autoridad competente) de hechos sorprendidos que coloquen en situación de inminente riesgo la salud, vida u otro derecho fundamental de la persona, con el objeto de que se tomen las medidas pertinentes de protección. Si bien los hechos que determinan el estado de incapacidad de las personas pueden ser progresivos —tales como la demencia senil, el Alzheimer y otros casos de enfermedad de deterioro paulatino—, es importante mencionar que existen otros casos (como un accidente súbito que deja a una persona en estado de coma) que son instantáneos y requieren actuación inmediata.

Una de las graves omisiones en la Ley 29633 es no haber establecido la forma en que se debe vigilar y supervisar el desempeño del curador. Entre las facultades reconocidas a la persona, debería considerarse la de establecer por sí misma la forma en que se debe controlar el ejercicio de dicho cargo y sus causales de cese. El art. 176 del Código de Familia de Cataluña regula sobre la materia y dispone lo siguiente:

Tanto la persona interesada como el padre y la madre del menor o incapaz pueden establecer las medidas de control de la actuación tutelar y, en su caso, de la administración patrimonial que se crean convenientes, sin perjuicio de las que puedan establecerse judicialmente.

Por consiguiente, el efecto vinculante de la designación de la persona del curador no eximiría al juez de la labor tuitiva que debe cumplir, en

defensa de la persona devenida en incapaz. Podría presentarse inclusive el caso de que el propio curador devenga en incapaz, o se encuentre ante la imposibilidad de ejercer el cargo por razones de salud, viaje o cualquier otra circunstancia perjudicial no prevista por el otorgante. En dichos casos, se entiende que es el juez el llamado a decidir las medidas necesarias en beneficio de la persona incapaz.

Estos son temas aún pendientes de regulación en la legislación nacional, pero que posiblemente serán incorporados en las nuevas instituciones de amparo familiar. Así, se procura la protección del adulto mayor o la persona con discapacidad, de manera tal que se facilite el ejercicio de autonomía de la persona en la etapa de mayor vulnerabilidad de su vida.

5.5. El notario frente al derecho de las personas adultas a crear su propia familia

Uno de los principales temas en el proyecto de vida de cada persona es la creación de su propia familia. El ser humano nace en el interior de una familia que lo recibe, lo protege y lo cobija hasta alcanzar su desarrollo como individuo autónomo. En el momento en que la persona alcanza la madurez emocional, intelectual y económica, desarrolla el deseo de crear su propia familia, según sus intereses particulares.

El Derecho se ocupa de la familia, por la importante función social que esta desempeña. Históricamente, la familia ha cumplido roles muy diferentes: de tipo político, de conservación y transmisión de patrimonio y, muy especialmente, de reproducción y socialización de los individuos. El ser humano es, de todos los mamíferos, el que tarda mayor tiempo en convertirse en un ser autónomo de sus padres o las personas que cumplan el rol protector.

5.5.1. La familia matrimonial

La institución del matrimonio en el Libro III del Código Civil de 1984 presentó grandes modificaciones en su regulación, a partir de los derechos fundamentales consignados en la Constitución de 1979. Entre otros, esta reconoce por primera vez en un texto constitucional en el Perú el derecho a la igualdad del hombre y la mujer, así como la libertad en el desarrollo de su personalidad:

Artículo 2.

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece.
2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.

La regulación del matrimonio en el Código Civil fue innovadora para su tiempo. Destaca el art. 234, que reconoce el derecho de la igualdad del hombre y la mujer, dispone que el marido y la mujer ejerzan la autoridad en el hogar, además de consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales. El art. 287 establece que los cónyuges se obligan mutuamente, por el hecho del matrimonio, a alimentar y educar a los hijos. El art. 288 establece que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia. El art. 290 señala que ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en

el gobierno del hogar, y de cooperar en el desenvolvimiento del mismo. Además, en el segundo párrafo, otorga a ambos cónyuges la competencia de fijar y mudar el domicilio conyugal, así como de decidir las cuestiones referentes a su economía. El art. 292 dispone que corresponde conjuntamente la representación legal de la sociedad conyugal. Finalmente, el art. 293 reconoce el derecho de cada cónyuge (varón o mujer) de ejercer cualquier profesión o industria permitidas por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si este lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia. Respecto de los hijos, el Código introduce por primera vez la igualdad de los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales, establecida en el art. 6 de la Constitución de 1979.

Todos los preceptos antes indicados del Código Civil de 1984 fueron una innovación a la regulación nacional de la familia, que había estado regulada todavía bajo los parámetros de un modelo tradicional, impregnado de valores y principios religiosos de la Iglesia Católica. Sin embargo, la regulación de la familia siguió íntimamente ligada al matrimonio. A pesar del reconocimiento de la unión de hecho como una pareja estable capaz de crear una familia, con hijos con iguales derechos a los nacidos dentro del matrimonio, la Comisión Revisora y Redactora del Código Civil de 1984 estimó que la no regulación, o las mínimas disposiciones en el Código, correspondían para obtener el propósito casi “sagrado” de promover el matrimonio y minimizar las uniones de hecho. No obstante, la evolución de los derechos de las parejas que integran la unión de hecho en las últimas disposiciones legales son el mejor ejemplo de lo errado que estaba el Código en diversas de las instituciones que reguló y cómo estas, a pesar de sus disposiciones, han evolucionado en la realidad, para terminar por imponer su reconocimiento en la legislación vigente.

A partir de los 10 años de vigencia del Código Civil, y luego de promulgada la Constitución Política del Estado de 1993, se fue creando el consenso en la doctrina nacional de la “Reforma del Código Civil Peruano”, como se denominó en el I Congreso Nacional de Derecho Civil. Entre otras consideraciones, profesores y juristas concordaron en los siguientes fundamentos relacionados con los derechos fundamentales de la persona y de la familia:

- Avances en la ciencia y en la tecnología como la reproducción humana asistida, la fecundación in vitro, el proyecto de genoma humano, los trasplantes de órganos.
- Modificaciones parciales en determinadas áreas del Código que alteraban la armonía del cuerpo normativo.
- El debilitamiento del Estado en la función de la actividad productiva, económica, así como frente al derecho de libertad de la persona, el ejercicio del libre desenvolvimiento de su personalidad y la autonomía privada.
- El giro, tanto en la economía como en el ámbito personal, de un Estado impositivo, regulador, hacia una opción de libre mercado y de relaciones contractuales y personales libres, constitucionalmente exigidas y protegidas.

El Congreso Constituyente Democrático, mediante la Ley N° 26394 publicada el 22 de noviembre de 1994, instituyó una Comisión especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma Civil. Posteriormente, con fecha 22 de octubre de 1996, se publicó la Ley 26673 que modificó y reconstituyó la Comisión de Revisión del Código Civil. Mediante Ley N° 28776, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 7 de julio de 2006, se constituyó una comisión encargada de estudiar y presentar un informe en relación al Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, elaborado por

la Comisión creada mediante Ley N° 26394. El estudio encomendado fue finalizado en el mes de marzo del año 2011 y se difundió a nivel nacional. Sin embargo, hasta la fecha no se ha publicado la Ley de Reforma del Código Civil y solo se presentan leyes que modifican parcialmente o adicionan algunas de sus disposiciones.

5.5.2. Privatización de las relaciones jurídicas en el ámbito de la familia

El desarrollo de ciencias como la psicología, la sociología o la antropología demuestra hoy en día que la familia cumple una función, dado que constituye el ámbito en el cual las personas desarrollamos nuestros afectos y nuestra vida más íntima. Ello se vincula con una ideología, actualmente vigente, que sostiene que el valor fundamental de la sociedad no es el grupo, sino el individuo, postura respaldada por una lectura individualista de los derechos humanos (Parra Lucán, 2012).

En los documentos internacionales que han sido incorporados a la legislación, se han interpretado los derechos fundamentales, que constituyen el sustento de los cambios en la legislación relacionada a la familia. La Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1996, coinciden en reconocer que esta es un elemento natural de la sociedad que requiere protección del Estado, lo que equivale al reconocimiento del derecho individual del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, y a fundar una familia. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que fue el primero en extender el concepto de familia a grupos cada vez más amplios, ha establecido en diversas resoluciones el respeto de la familia frente a intromisiones de terceros y del propio Estado. En este sentido, promueven un nuevo Derecho de Familia, en el que

la función del Estado se limita a establecer cauces generales que permitan que las personas puedan desarrollar libremente un modelo familiar, organizando su convivencia de acuerdo con el proyecto de vida que tienen diseñado. De tal manera, la intromisión externa en las relaciones familiares se justificaría solo en los casos extremos en que se atente contra los derechos o la dignidad de alguno de sus miembros, en especial de los menores, los ancianos, los discapacitados y cualquier persona en estado vulnerable⁽⁴⁷⁾.

De la revisión de las normas legales, la jurisprudencia nacional en los juzgados y las salas de familia, así como en los juzgados y salas civiles, e inclusive en el Tribunal Constitucional, además de las últimas disposiciones legales que regulan el Derecho de Familia, se puede concluir que en los últimos años se está produciendo una “privatización” de la familia y del Derecho de Familia. Es decir, se ha evidenciado que prevalecen las opciones personales y la voluntad individual como manifestación del respeto a la dignidad de la persona y a los derechos individuales.

A continuación, desarrollaremos la trascendente actuación del notario como garante de los derechos de las personas en las decisiones respecto de la familia con implicancias jurídicas, según las disposiciones legales que facultan su intervención para formalizar la voluntad de los otorgantes.

5.5.3. Competencia notarial en la celebración del matrimonio

Desde hace muchos años, la doctrina sostiene un debate respecto a si el matrimonio civil es un acto o un contrato. El Código Civil no ayuda a precisar la discusión, por cuanto expresamente

(47) Su protección también es objeto de especial atención en documentos internacionales que han sido mencionados en el capítulo segundo de este trabajo.

no opta por definir la naturaleza jurídica del matrimonio y omite declarar qué es un contrato.

Artículo 234.- Noción de matrimonio

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

El matrimonio es un contrato solemne porque implica la manifestación de voluntades de los contrayentes, legalmente capaces y hábiles con la facultad de asumir obligaciones recíprocas. No obstante, es posible afirmar que es un contrato diferente a todos los demás, dado que la voluntad autónoma de las partes no puede regular libremente sus efectos. Además, posee tanto un contenido patrimonial con un destino especial de protección y sustento de la familia, como uno no patrimonial, en el que se comprenden derechos del ámbito más íntimo de la persona.

El alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de los contrayentes es una de las autoridades facultadas para celebrar el matrimonio (art. 248). Asimismo, este puede delegar, por escrito, dicha facultad a regidores, funcionarios municipales, directores, y jefes de hospitales o establecimientos análogos (art. 260). El alcalde de otro consejo municipal, mediante autorización escrita del alcalde competente, también se encuentra facultado para celebrar matrimonios (art. 261), así como el jefe del registro civil en las capitales de provin-

cia donde el registro del estado civil estuviese a cargo de funcionarios especiales (art. 263). Caso especial es el matrimonio celebrado en las comunidades campesinas y nativas, que puede tramitarse y celebrarse ante un comité especial, constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad (art. 262). En las capitales de provincia donde el registro del estado civil estuviese a cargo de funcionarios especiales, el jefe de aquel ejerce las atribuciones conferidas a los alcaldes por título, por lo que se encuentra facultado para celebrar matrimonios (art. 263). Por último, el párroco o cualquier otro sacerdote tiene facultades para celebrar matrimonios si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, pero no es incapaz (art. 268).

En suma, se puede concluir que, pese a la importancia de la mencionada institución, así como de los efectos jurídicos que de él se derivan, las personas que el legislador ha facultado para celebrarlo no requieren capacitación legal alguna, ni tienen aptitudes especiales, instrucción adecuada, o implementos especiales tecnológicos o digitales para cumplir con la trascendente función encomendada. Conviene recordar que la celebración del matrimonio contiene tres etapas, según lo descrito en el art. 259 del Código Civil:

- 1) La declaración de cada uno de los comparecientes ante la autoridad de su voluntad de contraer matrimonio.
- 2) La lectura por parte de la autoridad que celebra el matrimonio de los arts. 287 (Obligaciones comunes de los cónyuges), 288 (Deber de fidelidad y asistencia), 289 (Deber de cohabitación), 290 (Igualdad en el hogar), 418 (Noción de patria potestad) y 419 (Ejercicio conjunto de la patria potestad) del Código Civil, que contienen las obligaciones y derechos que se derivan del matrimonio.

- 3) La pregunta, efectuada por la autoridad, “a cada uno de los pretendientes [de] si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento”.

Las formalidades antes descritas permiten concluir que la persona que recibe la facultad de celebrar el matrimonio debería tener requisitos especiales para determinar la competencia de los contrayentes, así como la actuación libre y voluntaria. Del mismo modo, deben poseer la comprensión de las obligaciones y derechos derivados del matrimonio, además del conocimiento de las normas legales suficiente para absolver cualquier duda o asesoramiento, como los medios tecnológicos adecuados que permitan evitar errores u omisiones en el contenido de las actas matrimoniales. Todo ello tiene el objetivo de permitir la comprensión del acto celebrado y de las consecuencias derivadas de él.

En Colombia, desde el año 1988 en que se promulgó el Decreto 2668, el notario tiene competencia para celebrar el matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia de los jueces civiles municipales. Este lo formaliza mediante escritura pública, previa publicación en su propio despacho de un edicto por el término de cinco (5) días hábiles. En los casos en que no se presente oposición, el notario extiende la escritura pública con presencia de los contrayentes, que manifiestan “de viva voz (...) 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” (art. 6 del Decreto 2668), luego de lo cual se inscribe en el registro civil. En los casos en que se presente oposición, se dará por terminado el trámite notarial.

En el Perú, con fecha 11 de febrero del año 2011, la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, ejerciendo el derecho

de iniciativa legislativa que les confiere el art. 107 de la Constitución Política del Estado, presentó al Congreso de la República una propuesta legislativa que contiene el Proyecto de Ley que modifica los arts. 248 (Diligencias para matrimonio civil), 250 (Publicación del matrimonio proyectado), 258 (Declaración de capacidad de los pretendientes), 259 (Celebración del matrimonio) y 260 (Persona facultada para celebrar matrimonio) del Código Civil. En dicho proyecto, se otorga competencia a los notarios para celebrar matrimonio civil y amplía facultades de la Ley 26662.

La tramitación y celebración del matrimonio se prevé como un proceso no contencioso. El trámite seguirá los mismos lineamientos establecidos en el Código Civil, proponiéndose una modificación en los artículos mencionados en el Proyecto, de manera tal que se incorpora a la competencia notarial, de acuerdo con la naturaleza de su función. El trámite notarial se iniciaría mediante una solicitud escrita presentada por ambos contrayentes ante el notario del domicilio de cualquiera de ellos. El anuncio del matrimonio proyectado se fijaría en la oficina notarial durante 8 días. Transcurrido el plazo, si no se ha producido oposición, el notario celebraría el matrimonio en su notaría con los mismos requisitos exigidos en el art. 259 del Código Civil. El matrimonio ante el notario sería indelegable, el cual remitiría los partes a la oficina de estado civil de la jurisdicción, bajo responsabilidad. Si el notario

(...) tuviese noticia de algún impedimento o si de los documentos presentados y de la información producida no resulta acreditada la capacidad de los pretendientes, remitiría lo actuado al juez, quien, con citación del Ministerio Público, debería resolver lo conveniente en el plazo de tres días.

El Proyecto añade el Título X a la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, incorporando el art. 58, que dice lo siguiente:

Artículo 58.- Procedencia

Los Notarios Públicos son competentes para la celebración de matrimonios civiles, para dicho efecto implementan un registro especial en el que se extiende las actas de matrimonio, con su respectivo legajo, donde se archivan los documentos exigidos como requisitos para contraer matrimonio.

La “Exposición de Motivos del Proyecto” sustenta su petición en los siguientes argumentos: la condición de profesional del Derecho autorizado a dar fe de los actos y contratos del notario, de conformidad con lo establecido en el art. 2 del Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado; el control de legalidad que este ejerce; y el hecho de que, de acuerdo con la Ley N° 29227, tiene facultades para tramitar la separación convencional y divorcio ulterior. Por lo anteriormente dicho, se señala que “en aplicación del principio jurídico a igual razón igual derecho, los interesados podrán acudir voluntariamente ante un notario para contraer matrimonio civil con lo cual cambian su status jurídico de soltero a casado”. Finalmente, el Proyecto establece que, al ampliar la competencia notarial para celebrar los matrimonios, se estaría colaborando en aumentar los matrimonios en una sociedad en la que cada vez se imponen otras formas de crear una familia. En forma expresa, hace referencia a las estadísticas del INEI del último censo nacional, en el que se determinó que el 24% de las parejas conforman uniones de hecho, frente al 28% de familias constituidas por matrimonios.

Coincidimos con la propuesta del Proyecto, que lamentablemente hasta la fecha sigue pendiente de promulgación.

5.5.4. Intervención del notario en el régimen patrimonial del matrimonio

El matrimonio es una institución que tiene efectos patrimoniales entre los cónyuges y hacia los hijos. Dentro de la convivencia matrimonial, se generan ingresos, y se asumen obligaciones con terceros y con los propios miembros que componen la familia matrimonial.

El Código Civil ha sido calificado muchas veces de carácter patrimonialista; la regulación del matrimonio abona en este argumento. El régimen patrimonial del matrimonio es el único tema en que se tuvo especialmente presente el derecho de libertad de cada uno de los cónyuges. El matrimonio no es una institución que acabe con la libertad de la persona como ser individual, pues cada uno de los cónyuges asume los derechos y obligaciones, de acuerdo a lo señalado en la ley, pero no pierde el derecho a la libertad, que como en todos los casos, se ejerce bajo responsabilidad y respeto de los derechos del prójimo.

Una de las grandes innovaciones del Libro III fue la regulación del régimen patrimonial antes y durante el matrimonio. El art. 295 del Código Civil confiere la posibilidad de que, antes de contraer matrimonio, las parejas opten por el régimen de separación de patrimonios⁽⁴⁸⁾. En caso de no haber asumido tal opción, se tiene

(48) **“Artículo 295.- Elección del régimen patrimonial**

Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

por elegido el régimen de sociedad de gananciales a partir del matrimonio. A pesar de ello, durante la vigencia del matrimonio, los cónyuges, de común acuerdo, pueden optar por la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. En ese caso, ocurre el fin de la sociedad de gananciales, que obliga a la liquidación de los bienes del patrimonio del matrimonio adquiridas hasta ese momento. Para tal efecto, se procede de inmediato a la formación del inventario valorizado de todos los bienes, que puede hacerse en documento privado o documento con firmas certificadas notarialmente.

La separación de patrimonios es solemne, debe extenderse por escritura pública ante notario y ser inscrita en el registro de personas naturales, a fin de publicitar a terceros que pudieran contratar con uno o los dos miembros de la sociedad conyugal. En los casos en que la separación de patrimonios es elegida por los futuros contrayentes, antes del matrimonio, la inscripción es declarativa, hasta antes de la celebración del mismo. A diferencia de ello, en la sustitución del régimen matrimonial de sociedad de gananciales a uno de separación de patrimonios, la inscripción tiene efectos constitutivos.

La intervención del notario permite que se cumpla con el control de legalidad, al exigir que la solicitud o minuta sea firmada por ambos cónyuges, suscrita por abogado y acompañada del acta de matrimonio para acreditar la existencia del vínculo, además del inventario valorizado de los bienes de la sociedad de gananciales a ser repartidos entre los cónyuges. Es preciso llamar la atención al hecho de que no existe dispositivo legal alguno que establezca la

Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales”.

obligación de separar los bienes entre los cónyuges en forma igual o proporcional. Si bien es cierto que los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal corresponden en partes iguales a los cónyuges, estos podrían decidir dar por terminada la sociedad de gananciales, repartiéndose los bienes de acuerdo a la distribución que estimen más conveniente. En consecuencia, la escritura pública, con el inserto de los bienes valorizados, servirá de prueba ante cualquier reclamo posterior.

Por otra parte, es posible que algunos bienes se mantengan en copropiedad entre ambos cónyuges, en cuyo caso resultarán de aplicación las normas generales del régimen de propiedad de más de una persona. A partir de la separación, la administración y disponibilidad de los bienes de cada cónyuge es de su exclusiva responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que contraiga.

5.5.5. Protección del predio familiar: patrimonio familiar

La Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, faculta a los notarios para tramitar la Constitución, Modificación y Extinción del Patrimonio Familiar, que antes era de exclusiva competencia judicial. Cornejo Chávez define el patrimonio familiar de la siguiente manera:

Es la afectación de un inmueble para que sirva de vivienda o miembros de una familia, o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio para proveer a dichas personas de una fuente de recurso que asegure su sustento (Arias Schreiber, 2004, p.48).

El patrimonio familiar, institución regulada en el Código Civil vigente dentro de la regulación de la Sección Cuarta de “Amparo

Familiar”, fue prevista en el Código Civil de 1936 como “Hogar de Familia”. Su objeto es proteger el bien inmueble que constituya la vivienda o en el que se desarrolle la actividad de sustento de la familia, de manera tal que este no se comprometa con las obligaciones que puedan contraer los propietarios frente a terceros. La naturaleza jurídica del patrimonio familiar es la de un acto voluntario, personalísimo, formal, que se rige por el principio de publicidad, previsto en el proceso antes de su conclusión, y luego de concluido mientras dure la vigencia de su inscripción.

Por medio del patrimonio familiar, el bien inmueble adquiere la condición de inembargable, inalienable y transmisible por herencia. Este no transfiere propiedad a los beneficiarios, pero sí derecho de disfrutar el bien. Asimismo, el juez puede autorizar que sea arrendado, en situación de “urgente necesidad” y transitoriamente.

Se encuentran autorizados a constituir el patrimonio familiar las personas previstas en el art. 493 del Código Civil: cualquiera de los cónyuges, sobre bienes de su propiedad; los cónyuges de común acuerdo, sobre bienes de la sociedad; el padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios; el padre o madre solteros, sobre bienes de su propiedad; y cualquier persona, dentro de los límites en que puede donar o disponer libremente en el testamento. Los beneficiarios se encuentran descritos en el art. 495 del Código Civil: los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces; los padres y otros ascendientes, que se encuentren en estado de necesidad; y los hermanos menores o incapaces del constituyente. De la revisión de las personas facultadas a otorgar patrimonio familiar y de quienes pueden ser beneficiarios, puede concluirse que es una institución prevista exclusivamente para proteger un inmueble de propiedad de una persona a favor de sus familiares, ya que, aun en

el caso en que el Código se refiere al constituyente como “cualquier persona”, no encontramos en la lista de beneficiarios la posibilidad de que estos sean personas sin vínculo familiar con el constituyente.

El trámite de constitución del patrimonio familiar es el siguiente:

- Solicitud escrita con indicación de nombre y apellidos, edad, estado civil, documento de identidad y domicilio del constituyente.
- Identificación de inmueble que se pretende afectar y de la condición de propietario.
- Presentación de certificado de gravámenes del bien.
- Identificación de los beneficiarios, con indicación de nombre completo, documento de identidad y documentos que acrediten el vínculo familiar con el constituyente.
- Declaración expresa de no tener deudas pendientes.

Cumplidos y comprobados los requisitos, se realiza una publicación. Transcurridos diez días útiles desde la última publicación sin que medie oposición, se eleva la minuta a escritura pública, a la que se insertan los documentos presentados como prueba de la solicitud, así como el aviso de las publicaciones. Los otorgantes ratifican su voluntad a través del consentimiento expreso ante notario, firmando la escritura pública correspondiente en señal de conformidad. Luego, se remiten los partes correspondientes a la oficina registral para su inscripción en la partida del inmueble.

La modificación o extinción del patrimonio familiar, según lo indicado en el art. 501 del Código Civil, debe tramitarse siguiendo el mismo procedimiento para su constitución. No existe dispositivo alguno que ordene que sea la misma autoridad que realizó la

constitución aquella que tramite la modificación o extinción del patrimonio familiar. Por tanto, puede ocurrir que un proceso de constitución, tramitado ante el juez, pueda ser modificado ante notario o también que el patrimonio familiar, tramitado por un notario, sea modificado por otro notario.

5.6. Adopción de personas capaces

Según lo expresado por Cornejo Chávez en la Exposición de Motivos del Código Civil, “la adopción debe tener como finalidad suprema dar una familia al menor que no la tiene. Una familia donde el adoptado halle calor y amor de hogar”. Por la adopción, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 377 del Código Civil, una persona adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

La competencia notarial se circunscribe únicamente a los casos en que el adoptante es una persona mayor de edad con capacidad de goce y de ejercicio. Por tanto, es un trámite muy simple, en el que el principal objetivo es obtener el consentimiento de adoptante y adoptado para obtener una nueva acta de nacimiento. Posteriormente, esta da mérito a un nuevo documento nacional de identificación civil.

El trámite consiste en la presentación de una minuta o solicitud que cumpla con los siguientes requisitos:

- Firma del adoptante y adoptado.
- Expresión de voluntad del adoptante y adoptado.
- Asentimiento de sus respectivos cónyuges en caso de ser casados.
- Declaración jurada del adoptante en el sentido que goza de solvencia moral.

Además, la minuta debe presentarse acompañada de los siguientes anexos:

- Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptante y de matrimonio, si es casado.
- Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de matrimonio, si es casado.
- Documento que acredite que las cuentas de la administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante del adoptado.
- Testimonio del inventario de los bienes que tuviere el adoptado.

Una vez que el notario comprueba que la minuta y la documentación presentada cumplen los requisitos exigidos en la ley, extiende la escritura pública. Culminado el proceso de firmas, este solicita a la RENIEC la extensión de una nueva partida del adoptado, además de anotar la adopción al margen de la partida original para prevenir impedimentos matrimoniales.

En la actualidad, la adopción más frecuente es la que realiza una persona del hijo de su cónyuge. En estos casos, siguiendo las normas del Código Civil, se producía el absurdo de que la adopción del cónyuge del padre o la madre biológicos de una persona no cumplía con el requisito de crear un vínculo familiar que fortalezca la seguridad del adoptado, por cuanto perdía el vínculo con el progenitor. Por su parte, este aparecía de un lado consintiendo como cónyuge del adoptante, pero no podía adoptar a su propio hijo, sino que más bien tenía que desprenderse de todo vínculo con él. Estas consideraciones fueron atendidas por la RENIEC, que cedió la posición de aplicar la norma tal como estaba prevista. Atendiendo razones de consolidación

de la familia, mediante Resolución Jefatural N° 413-2009-JNAC/RENIEC, dispuso que son inscribibles las propuestas registrales de adopción de persona capaz cuando el adoptante es cónyuge del padre o madre biológico del adoptado. En dicho caso, el adoptado conserva el vínculo consanguíneo con su padre o madre biológico, cónyuge del adoptante.

Esta norma equipara la adopción de quienes posean vínculo matrimonial con el padre o madre de los hijos capaces con lo dispuesto en el art. 128 del Código de los Niños y Adolescentes. En dicho artículo, se contemplaba que, en el caso de niños o adolescentes adoptados por el cónyuge de su progenitor que tuviera vínculo matrimonial con él o ella, “el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos”. En consecuencia, en la tramitación de adopción de persona capaz en la que el adoptante posea vínculo matrimonial con el padre o madre del adoptante, la solicitud debe contener declaración expresa respecto a la voluntad de los intervinientes de mantener el vínculo con el padre o la madre biológico cónyuge del adoptante.

Otros casos de adopción son los de personas mayores. Usualmente, se utiliza esta figura jurídica para formalizar una relación de hecho, en la que, al no existir filiación legal, dos personas mantienen relaciones entre sí, comportándose como padre o madre, e hijo o hija. Frecuentemente, se trata de personas mayores que educan, protegen, alimentan, visten a una persona menor en por lo menos 18 años. Este suele ser un familiar o un extraño, cuyos padres biológicos no han ejercido la función que les correspondía. En otras ocasiones, la situación ocurre a la inversa, pues se trata de alguien que cuida, protege, alimenta y acompaña a una persona o una pareja mayor, con la cual no tiene vínculo de parentesco.

Ello motiva que él o la pareja desee beneficiarlo, incorporándolo legalmente a su familia en condición de hijo, con el objeto de convertirlo en su heredero.

En cualquiera de las figuras que motiven la adopción de personas mayores, ocurre que, a través de ella, dos o tres personas crean, para efectos del Derecho, una nueva familia, a partir de la filiación generada mediante la adopción. Así, la situación de abandono de un menor, no atendido por sus progenitores, no es la única causal de la adopción. Tal como se ha explicado detalladamente, se presentan diversas circunstancias que motivan el deseo de las personas mayores capaces de vincularse jurídicamente a través de la adopción.

5.7. Separación convencional y divorcio ulterior en sede notarial

La separación convencional y divorcio ulterior es un trámite de competencia notarial incorporado a partir del 2008, cuando se promulgó la Ley 29227, después de muchos años de discusión respecto a la ampliación de la competencia fuera del ámbito judicial. A continuación, se presentará un breve recuento de la situación jurídica del matrimonio y el divorcio en materia constitucional como un preámbulo necesario.

5.7.1. Matrimonio y divorcio como derechos constitucionales

La Constitución vigente establece en el art. 4 la promoción del matrimonio; sin embargo, reconoce que su forma, y las causas de separación y de disolución, son reguladas por la ley. En consecuencia, en el Perú los estados civiles son los de soltero, casado, divorciado o viudo. El reconocimiento de la separación convencional no crea el estado de “separado”, aunque sí se reconocen cambios en los derechos y obligaciones que corresponden a los casados.

De acuerdo con la Constitución, las causales que justifican la separación y disolución del matrimonio, la jurisdicción y competencia de su tramitación son temas de regulación legal. No existe una contradicción en la Constitución que promueve el matrimonio, pero también acepta el divorcio como una forma de terminación de la relación de los cónyuges. En nuestro criterio, la promoción de la institución del matrimonio en ningún caso puede restringir, suspender o menos eliminar los derechos fundamentales de la persona, el libre desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad. Como ya hemos señalado anteriormente, el proyecto de vida como ejercicio del derecho de libertad de la persona le permite trazar un plan, cambiarlo, abandonarlo, crear otro y así sucesivamente a lo largo de su existencia. La voluntad y los deseos no son estáticos, sino evolucionan, se transforman: esa es la esencia de la naturaleza de la vida humana. Así, el legislador, atento a lo que ocurre en la realidad, realiza una ponderación entre el mandato de promover el matrimonio y los derechos de la persona como individuo. De esa manera, protege, en primer lugar, a los miembros más vulnerables de la familia, como los hijos o los discapacitados, al cuidar que su atención no se vea disminuida. Además, permite, cada vez con menores trámites, que sea la voluntad de los cónyuges la que decida permanecer casados o divorciarse.

Conforme lo ha reconocido en numerosas sentencias el Tribunal Constitucional, los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, tienen mayor contenido valorativo, y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio. Así, se encuentra señalado en los considerandos de la

Sentencia 018-96-I de fecha 29 de abril de 1997, en la que, analizando la petición de divorcio de uno de los cónyuges, señala que existen dos valores constitucionales legítimos:

1. La defensa y conservación del vínculo matrimonial.
2. La defensa de los derechos fundamentales de la persona individual referidos a su desarrollo personal, esté o no casada.

El Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando, para lograrla, uno de los cónyuges debe sufrir la violación de sus derechos fundamentales; aquellos son inherentes a su calidad de ser humano.

De acuerdo con lo expuesto, nos permitimos concluir que la evolución del divorcio en el Perú, a través de diversos dispositivos legales que han venido reconociendo nuevas causales y estableciendo nuevas competencias, como es el caso de la competencia notarial en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, es consecuencia del reconocimiento del ejercicio de la libertad de la persona al derecho de autonomía.

5.7.2. Naturaleza jurídica del divorcio en la legislación

Las normas legales que regulan el divorcio reconocen un sistema mixto de causales para el divorcio.

1. Divorcio “sanción”: existe un cónyuge culpable y otro inocente. En este caso, la valoración de la prueba ante sede judicial es primordial.
2. Divorcio “remedio”: se considera el fracaso matrimonial como un hecho fáctico, por haberse perdido las razones comunes que llevaron a los cónyuges a celebrar el matrimonio. No hay

determinación de culpa o responsabilidad de ninguno de los cónyuges.

3. Divorcio consensual o “de mutuo acuerdo”: ambos cónyuges, en ejercicio de la autonomía privada, sin expresión de causa, toman la decisión de dar por terminado el matrimonio.

5.7.3. Competencia notarial en separación convencional y divorcio ulterior

De conformidad con lo establecido en los arts. 546 y 573 del Código Procesal Civil, la separación convencional y divorcio ulterior estaban previstos como un proceso no contencioso de exclusiva tramitación judicial. Desde antes de la promulgación de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos, en el año 1992, la propuesta incluía entregar a los notarios competencia alternativa para su tramitación. Sin embargo, fue tal la discusión entre los diferentes integrantes de la comisión encargada de elaborar la norma, que se optó por retirar este proceso de la propuesta y así no perjudicar los otros procesos no contenciosos en los que sí había consenso. Han tenido que transcurrir 16 años para que se advirtiera que resultaba de imperiosa necesidad ampliar la competencia notarial en la tramitación de las demandas de separación convencional y divorcio ulterior. Al no existir controversia, por cuanto ambos cónyuges coincidían en la voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial, y habiendo resuelto previamente la protección de los hijos menores o incapacitados, así como la separación de los bienes del patrimonio de la sociedad conyugal, el trámite resultaba siendo no contencioso; empero, este se veía perjudicado y dilatado por la recarga de las funciones del Poder Judicial.

Mediante Ley 29227, publicada con fecha 16 de mayo del 2008, se modificó el proceso no contencioso de separación

convencional y divorcio ulterior, otorgándose jurisdicción alternativa, municipal y/o notarial, además de la judicial, ya existente. El Reglamento de la Ley 29227 es el D.S. N° 009-2008-JUS. El trámite notarial es más breve porque los plazos son cortos y sí se cumplen puntualmente. El notario formaliza voluntad de los otorgantes; el contenido y los procedimientos del trámite en sede notarial se llevan a cabo de acuerdo con lo dispuesto en las normas especiales. En cuanto a las formalidades de cada una de las actuaciones notariales, la norma ha previsto que la separación convencional se formaliza mediante acta con presencia de ambos cónyuges, mientras el divorcio conlleva el otorgamiento de una escritura pública, a solicitud de uno o ambos cónyuges. Asimismo, se encuentra prevista la posibilidad de la actuación de los interesados a través de apoderado especial. La competencia municipal es distrital, a diferencia de la competencia notarial, que se circunscribe a la provincia de jurisdicción notarial. El último domicilio que compartieron los cónyuges es el que determina la competencia de la autoridad autorizada a tramitar el proceso de separación convencional y divorcio ulterior.

5.7.4. Requisitos de procedencia respecto a los hijos

- a) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad.
- b) En caso de tener hijos menores, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación respecto a régimen de patria potestad, alimentos, tenencia y visitas.
- c) En caso de tener hijos mayores con incapacidad, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de la curatela, alimentos y visitas.

Se debe acompañar copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de los hijos mayores incapaces y el nombramiento de su curador.

5.7.5. Requisitos de procedencia respecto a los bienes

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.

5.7.6. Requisitos de la solicitud

La solicitud debe contener los siguientes requisitos señalados en la Ley 29337 y su Reglamento:

- Solicitud por escrito.
- Nombre de los cónyuges.
- Documento de identidad.
- El contenido de la solicitud debe señalar de manera indubitable la decisión de separarse.
- Firma y huella digital de cada uno de los cónyuges.

5.7.7. Anexos y documentos adjuntos de la solicitud

Adicionalmente, la solicitud debe ser presentada adjuntando los documentos señalados en el art. 5 de la Ley y el art. 6 del Reglamento:

- Copia simple de documentos de identidad de los cónyuges.
- Acta o copia certificada de partida de matrimonio, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

- Declaración jurada, con firma y huella digital de cada uno de los cónyuges, de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad.
- Acta o copia certificada de la partida de nacimiento de hijos, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.
- 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.
- Copia certificada de las sentencias firmes que declaran la interdicción del hijo mayor con incapacidad y que nombran a su curador.
- Testimonio de 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.
- Testimonio de escritura pública inscrita en los Registros Públicos de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso.

5.7.8. Presunción de veracidad

El art. 7 del Reglamento de la Ley 29277 exime al notario de la responsabilidad respecto al contenido de la información de los documentos, y las declaraciones presentadas en la tramitación de la separación convencional y divorcio ulterior. Esta mención de la norma resulta muy valiosa, por cuanto el notario podría ser

sorprendido por los solicitantes respecto a la salud de sus hijos, al patrimonio de la sociedad conyugal o cualquier otra información señalada en sus declaraciones. El notario no tiene facultades para investigar en los hechos la información que no aparece registrada. Por consiguiente, son los solicitantes los únicos responsables de la información que presentan al notario en el trámite de separación convencional y divorcio ulterior.

Artículo 7.- Presunción de veracidad

Se presume que todos los documentos y declaraciones formuladas por los cónyuges responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, con sujeción a las responsabilidades civiles, penales y administrativas establecidas por ley.

5.7.9. Trámite notarial

Presentada la solicitud, en un plazo de cinco días el notario verifica que cumpla con los requisitos establecidos en la ley y el reglamento. En el plazo de quince (15) días, fija fecha, convoca y realiza la audiencia única prevista en el art. 6 de la Ley. De no reunir la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior, los requisitos exigidos por el art. 5 de la Ley, y los arts. 5 y 6 del Reglamento, no continuará el procedimiento; se produciría la conclusión anticipada del proceso.

En los casos en que la solicitud se encuentra adecuada a ley, el notario cita a la audiencia única, en la que se produce la ratificación de los cónyuges de la solicitud de separación convencional. Posteriormente, el notario declara la separación convencional por

acta notarial. De no ratificarse en dicha voluntad o de expresarse voluntad distinta, se dará por concluido el procedimiento, dejando constancia en el acta. Ante la inasistencia de uno o ambos cónyuges por causas debidamente justificadas, el notario convoca a nueva audiencia en un plazo no mayor de quince (15) días a solicitud de uno o de ambos cónyuges. De haber nueva inasistencia de uno o de ambos cónyuges, se declarará concluido el procedimiento.

El acta notarial de la audiencia es de carácter protocolar. Se extiende en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos al que se refiere la Ley N° 26662. El acta de audiencia contiene el desarrollo de los hechos ocurridos; debe ser suscrita por los cónyuges o los apoderados, de ser el caso, y los abogados; y contiene la ratificación o no de la voluntad de los cónyuges de separarse. Cumplidos estos requisitos, el notario declara la separación convencional, de ser el caso.

5.7.10. Divorcio ulterior

Después de transcurrido el plazo de dos (2) meses del acta notarial de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, o ambos, pueden solicitar la disolución convencional ante el notario que la tramitó. En un plazo no mayor de cinco (05) días, el notario extiende la escritura pública que declara la disolución definitiva del matrimonio por divorcio; esta se conserva en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos. En la escritura pública, se insertan las actas notariales correspondientes al proceso, es decir, el acta de separación convencional y el acta en que consta la disolución del vínculo matrimonial. Declarada esta, el alcalde o notario cursa los partes a la oficina registral para su inscripción y a la RENIEC o Municipalidad, donde se encuentra la partida de matrimonio.

La tramitación del divorcio en sede notarial, según las formalidades antes detalladas, permite concluir en la conveniencia de la actuación notarial para regularizar la voluntad de los cónyuges que han tomado la decisión, de común acuerdo, de dar por terminado el matrimonio. En los años de vigencia de la norma, ha quedado claramente acreditado que eran falsos los temores de los legisladores anteriores, que se habían negado por tanto tiempo a entregar esta competencia a los notarios. En la inmensa mayoría de los casos, los divorcios que se tramitan en la notaría consisten en la formalización jurídica de una situación que ya existe en la realidad, esto es, que la pareja ya no conforma un matrimonio, por haber dejado de cumplir los fines para los cuales lo habían contraído. Nos referimos a parejas que vivían en domicilios diferentes, que no hacían vida en común y que, en algunas ocasiones, vivían en países diferentes, tenían nuevas parejas o inclusive familias paralelas. En consecuencia, podemos concluir que el divorcio notarial colabora con la regularización de la vida familiar, por cuanto, declarado el fin del vínculo matrimonial, se incrementan las posibilidades de una relación más armoniosa entre los miembros de la familia. Además, es común que el divorcio se produzca con el propósito de celebrar un nuevo matrimonio, en cuyo caso, aquel permite la reestructuración de las familias y evita las uniones irregulares. De ese modo, permite que las familias se conformen adecuadas a la legalidad, para especial beneficio de los miembros más vulnerables que la integran, pues esclarece los derechos y obligaciones de sus miembros.

5.7.11. El divorcio notarial en la legislación comparada

La competencia notarial en el divorcio también se encuentra reconocida, desde hace muchos años, en otras legislaciones de países que se rigen por el sistema notarial latino.

5.7.11.1. Divorcio notarial en Cuba

Mediante Decreto-Ley 154/1994, de 6 de septiembre de 1994, y su Reglamento, la Resolución 182/1994, de 10 de noviembre, se otorgó competencia al notario para disolver un vínculo matrimonial por mutuo acuerdo. La formalidad es la escritura pública. El procedimiento es el siguiente:

- Los cónyuges presentan al notario una solicitud que contiene el acuerdo celebrado entre ellos respecto a la disolución del vínculo conyugal.
- El notario califica la legalidad de los acuerdos de los cónyuges.
- Se definen aspectos relativos a los hijos, como su “guarda y cuidado, régimen de comunicación, patria potestad y pensión alimenticia”.
- El notario solo recurre al fiscal en los casos en que estime por conveniente.

5.7.11.2. Divorcio Express en Colombia

Desde el año 2005, en que se publicó la Ley 962, los notarios asumieron competencia para tramitar el divorcio en un breve y simple trámite conocido como “Divorcio Express”. Como en el caso precedente, la formalidad es la escritura pública.

Los cónyuges, por mutuo acuerdo e intermedio de abogado mediante la presentación de una minuta, solicitan la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil. El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente. Está prevista la participación del “defensor de la familia” cuando existan hijos menores. En este caso, se le notifica el acuerdo al que

han llegado los cónyuges respecto a los hijos, dado que su función es velar por la protección del derecho de los menores.

5.8. Unión de hecho

La regulación de la unión de hecho en el Perú, en cuanto a su reconocimiento y los derechos que corresponden al varón y la mujer que la integran, ha tenido un camino lento y tortuoso, como se evidenciará en las siguientes líneas.

5.8.1. El reconocimiento jurídico de la unión de hecho

El concubinato es una institución que aparece en la historia del Perú desde la época del imperio incaico, bajo el nombre de “servinacuy”. Sin embargo, su reconocimiento constitucional y regulación en la legislación nacional ha sido lento y todavía incompleto. El Código Civil de 1852, al adoptar la doctrina del Código Canónico sobre el matrimonio, no reguló la unión de hecho.

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 discutió ampliamente acerca de la conveniencia de incorporar en el nuevo Código Civil la regulación de la convivencia. A pesar de la existencia a nivel nacional de muchas parejas que conformaban unión de hecho, generaban una familia con hijos o nietos, y adquirirían propiedades, estas se encontraban desprotegidas ante la ausencia de regulación de los derechos y la falta de reconocimiento legal. Resultaba evidente que, en ese entonces, el varón integrante de la unión de hecho tenía una posición ventajosa, entre otras cosas, porque adquiría bienes a título personal. En caso abandonara a su conviviente o falleciera, esta quedaba totalmente desprotegida. No obstante, prevaleció en los constituyentes el criterio según el cual el problema debía resolverse mediante la aplicación de normas generales de enriquecimiento

indebido, al equiparar la relación de convivencia con fines similares al matrimonio, con cualquier otra relación de índole exclusivamente comercial o patrimonial entre terceros.

La Comisión Revisora del Código Civil, instaurada en 1981, tuvo que afrontar el tema de la convivencia de una manera diferente, ante la vigencia de la Constitución de 1979, que en el art. 9 establecía que la unión de hecho genera “una sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”⁽⁴⁹⁾. Esta fue la primera aproximación de la unión de hecho a la institución del matrimonio, al menos en cuanto a los efectos patrimoniales. Posteriormente, la Constitución Política del Estado de 1993 define el concubinato en el art. 5º: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto sea aplicable”.

En congruencia con la Constitución, el art. 326 del Código Civil regula la unión de hecho y señala los requisitos que conducen a la formación de una relación de convivencia con efectos legales. Sin embargo, siguiendo la línea de la Carta Magna, el mencionado artículo se ha limitado a establecer una regulación estrictamente patrimonial, que conduce a la formación de una sociedad de gananciales en todo cuanto le fuere aplicable. El Código establece, como requisitos propios del concubinato, la unión de hecho entre varón y mujer, libres de impedimento matrimonial durante el lapso de dos años continuos. Para que esta genere los derechos que la ley sustantiva prevé, resulta indispensable que exista declaración por parte de la autoridad judicial competente, en la que se otorgue

(49) “**Artículo 9.** La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

o reconozca tal condición. El juzgador previamente debe verificar el cumplimiento de los requisitos para la validez de dicha unión, señalados en el art. 326 del Código Civil. Si bien no encontramos en el texto de la mencionada norma la exigencia de la declaración jurisdiccional previa para crear una sociedad de gananciales, este requisito ha sido considerado por ejecutoria de la Sala Casatoria como un elemento para reconocer la existencia de una comunidad de bienes, ya que los derechos reales que están en juego requieren de elementos materiales que impidan causar perjuicios a terceros que contratan con alguno de los convivientes. El proceso judicial se rige por el principio de pruebas escritas, tales como cartas, fotografías, mensajes de correo electrónico, cuentas bancarias, escrituras públicas, y cualquier instrumento privado o público que acredite la convivencia en el plazo y con los objetivos señalados en el Código. Empero, no podemos dejar de mencionar lo difícil que resulta en una relación de unión, sustentada en la ausencia de formalidad, presentar prueba escrita que acredite la posesión constante del estado de convivencia durante un periodo de dos años. En cambio, la prueba testimonial es más eficiente en este tipo de relaciones, por cuanto la declaración de testigos de la relación convivencial resulta más factible de conseguir, además de convincente para el juzgador⁽⁵⁰⁾.

(50) Cabe agregar que el concubinato es un tema muy discutible y discutido a nivel de la doctrina nacional, pues subsiste un fuerte convencimiento de que regular y custodiar los derechos y obligaciones que se generan en la familia no matrimonial equivale a desincentivar el matrimonio (que, según el art. 4 de la Constitución, debe promoverse). Sin embargo, consideramos que la protección de la familia se encuentra por encima de la promoción del matrimonio; sostener lo contrario implicaría que la legislación priorice dicha institución y sacrifique la protección de los deberes y obligaciones entre los miembros de la pareja, especialmente de los padres hacia los hijos. Coincidimos plenamente con los conceptos desarrollados en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 06572-2006-PA /TC- Piura, que determina la protección de la familia, constituida bajo cualquiera de las formas que se presenta en la realidad, y no exclusivamente la familia matrimonial, bajo la justificación de promover el matrimonio.

8. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos “legítimos” y “no legítimos”.
9. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos. Ello es de suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.
10. Bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se

- materialice la dimensión generativa o de procreación (...).
11. De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. **Es decir, se comprende que el instituto familiar trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos** (el énfasis es nuestro).

5.8.2. Cese de la unión de hecho

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del art. 326 del Código Civil, “la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral”. Las causales de terminación de la unión de hecho sustentadas en la voluntad, como son el mutuo acuerdo, en el que se presentaría confluencia de la voluntad de ambos integrantes, o la decisión unilateral, que es la sola voluntad de uno de ellos, son las que generan mayores problemas, por cuanto el Código solo ha contemplado las formas exigidas a los integrantes para custodiar sus derechos y obligaciones en la terminación de la convivencia. La norma solo menciona la posibilidad de que el juez

le conceda a elección del “abandonado”, que entendemos se refiere a aquel que no tomó la decisión unilateral de terminar con ella, “una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales”.

Una vez más, la opción de no reglamentación del legislador vulnera los derechos de la persona que conforma la unión de hecho, ya que existe una gran diferencia entre las formalidades exigidas en la ley en los casos de divorcio, que pone fin a la relación matrimonial, y la terminación o cese de la unión de hecho. Consideramos que, aunque no se contemple la existencia de causales que justifiquen la terminación de la unión de hecho (a diferencia de las causales que dan mérito al divorcio en el matrimonio), deberían de establecerse formalidades en la terminación de la unión de hecho para liquidar la sociedad de gananciales, así como acuerdos respecto a las mutuas obligaciones y derechos de los integrantes, y asegurar el cumplimiento de los deberes y obligaciones que les corresponden, sobre todo respecto de los hijos de la pareja que sean menores o discapacitados. La regulación respecto a estos temas garantizaría la protección de los derechos fundamentales de la persona, el respeto a la dignidad y la protección a la familia generada con motivo de la unión de hecho. Esta última no puede ser discriminada respecto de la protección legal que se ha previsto para la familia matrimonial en caso de divorcio.

En cuanto a las formalidades de la terminación de la sociedad de bienes generados dentro de la unión de hecho, el Código tampoco ha señalado expresamente que resultan de aplicación las disposiciones que regulan el fin de la de sociedad de gananciales en los arts. 318 al 325 del mismo cuerpo legal. Estas contemplan situaciones que resultan de aplicación a las parejas en la unión de hecho, tales como la escritura pública que formaliza la separación de bienes de común

acuerdo (art. 319), el inventario valorizado de bienes (art. 320), los bienes excluidos del menaje (art. 321), el pago de las obligaciones sociales y las cargas. Del mismo modo, se regula el reintegro a cada uno de los cónyuges de los bienes propios (art. 322); los bienes que forman parte de la sociedad de gananciales a ser repartidos y la forma en que se reparten (art. 323); el derecho de preferencia del cónyuge respecto a la casa en que habita la familia y el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera, en caso de que la terminación de la sociedad de gananciales ocurra por muerte o declaración de ausencia (art. 323, segundo párrafo); la pérdida de gananciales (art. 324); y la liquidación de varias sociedades gananciales por matrimonios contraídos sucesivamente por la misma persona (art. 325). La aplicación de estas disposiciones quedará a criterio de la interpretación que se le pretenda dar a la estipulación del art. 326 del Código Civil, que señala que la unión de hecho que reúne las condiciones señaladas en la ley «origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto fuera aplicable». Sin embargo, consideramos que la falta de regulación expresa respecto a las formalidades a ser exigidas en la terminación de la convivencia vulnera el derecho de sus integrantes en el aspecto patrimonial, supuestamente el único que el legislador pretendía regular. Así, ni siquiera en este tema se ha cumplido con proteger los derechos de las personas y evitar los abusos, tales como el enriquecimiento indebido.

Conforme señalaremos a continuación, al desarrollar el proceso no contencioso notarial de reconocimiento de unión de unión de hecho, no se han previsto tampoco requisitos formales para la inscripción de la terminación de la unión de hecho, lo que garantizaría el cumplimiento de obligaciones y los derechos de los convivientes.

5.8.3. Competencia notarial en proceso de reconocimiento de unión de hecho

Los procesos judiciales de reconocimiento de unión de hecho eran largos y engorrosos. La sustentación de la prueba escrita en el proceso resultaba muy difícil de obtener para los interesados, por cuanto la relación de unión de hecho se fundamenta en la convivencia íntima de la pareja, que, por su propia naturaleza, no se registra en documentos. Aun en los casos de parejas en las que existía pleno consentimiento común de que sostenían una relación por más de dos años con fines comunes al matrimonio, el reconocimiento judicial era largo y tortuoso. Ante la evidencia de la recarga del Poder Judicial, que impedía atender oportunamente los procesos de reconocimiento de unión de hecho, y teniendo en cuenta la favorable experiencia del trámite de procesos no contenciosos en vía notarial, con fecha 16 de julio del año 2010, se promulgó la Ley 29560 que amplió la competencia notarial en asuntos no contenciosos, otorgando a los interesados la opción de tramitar ante notario público el reconocimiento de unión de hecho. El requisito de procedencia para este trámite consiste en que la relación existente entre varón y mujer cumpla con los requisitos establecidos en el art. 326 del Código Civil.

5.8.4. Requisitos de la solicitud

La solicitud se presenta por escrito. Esta debe cumplir con los siguientes requisitos e incluir los documentos que se señalan a continuación:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso de 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 que indiquen 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.

5.8.5. Publicidad

En mérito a la protección de la afectación de terceros, el trámite tiene previsto en el art. 13 de la Ley 26662, al igual que la mayoría de los otros procesos no contenciosos de competencia notarial, la publicación de

(...) un extracto de la solicitud por una sola vez en el diario oficial y en otro de amplia circulación del lugar donde se realiza el trámite, y, a falta de diario en dicho lugar, en el de la localidad más próxima. Si fuera el caso, se observará lo dispuesto en el Artículo 169 del Código Procesal Civil. En el aviso debe indicarse el nombre y la dirección del notario ante quien se hace el trámite.

5.8.6. Formalización e inscripción de la declaración de unión de hecho

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. A continuación, remite los partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes.

5.8.7. Relevancia del domicilio en el trámite de reconocimiento de unión de hecho

Este proceso no contencioso es el único en el que el tema del domicilio tiene especial relevancia. Desde el inicio de presentación de la solicitud, uno de los requisitos es el certificado domiciliario de los solicitantes, los cuales, se entiende, deben ser coincidentes. Siendo la convivencia el elemento fundamental para acreditar la unión de hecho, surgirían dudas razonables en los casos en que cada uno de los solicitantes presente certificados domiciliarios con diferente dirección. Ahora bien, una de las preguntas que nos hemos formulado los notarios es si el domicilio debe coincidir con el indicado en el documento nacional de identidad de cada uno de los solicitantes. La respuesta razonable parecería ser que sí; sin embargo, no existe dispositivo legal alguno que contenga la presunción legal de que la persona habita en la dirección que aparece consignada en su documento de identidad. Dicha cuestión debería regularse para obligar a los ciudadanos a colaborar con la transparencia y veracidad de la información del Registro de Identificación Nacional, pero lo cierto es que lamentablemente no existe una norma legal en ese sentido.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 49 de la Ley 29560, el domicilio también cobra importancia al momento de la inscripción, pues la norma indica que debe inscribirse en el «registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes». No obstante, nos preguntamos si solo resulta importante que sus vecinos conozcan de la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho. Esta norma

resulta desactualizada frente a la realidad del registro interconectado, que permite conocer la inscripción de las uniones de hecho a nivel nacional desde cualquier lugar del territorio nacional.

5.8.8. Oposición al trámite

En caso se presente una oposición durante la tramitación del proceso de reconocimiento de unión de hecho, «el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad» (art. 6 de la Ley 26662).

5.8.9. Formalidades del cese de la unión de hecho

La promulgación de la Ley 29650 era la oportunidad que tenía el legislador para enmendar las omisiones del Código Civil respecto a las formalidades del cese de la unión de hecho. Lamentablemente, no se cumplió con esta tarea y, por el contrario, se redactó una norma que crea aun más confusión:

Artículo 52.- Cese de la unión de hecho.- Si los convivientes desean dejar constancia de haber puesto fin a su estado de convivencia, podrán hacerlo en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social, para este caso no se necesita hacer publicaciones.

El reconocimiento del cese de la convivencia se inscribe en el Registro Personal.

De la lectura de la norma antes transcrita, se puede advertir que el legislador ha entregado a la voluntad de los convivientes la decisión de optar por dejar constancia de la terminación de la convivencia. Asimismo, establece en forma facultativa la posibilidad de formalizar

el cese por escritura pública, en la que también, a su elección, podrán liquidar el patrimonio social. Finalmente, establece que no se realizan publicaciones, con lo cual no se da noticia a los terceros de la terminación de la unión de hecho. De ese modo, el único mandato es la inscripción en la oficina registral. Sin embargo, ¿si la escritura pública es facultativa, cuál es el título que da mérito a la inscripción? ¿Resulta adecuado que la sola presentación a la oficina registral de una solicitud simple presentada por uno de los convivientes deje sin efecto la inscripción de la unión de hecho? ¿En qué forma se protegen los derechos del conviviente que ha dejado de tener tal condición, por decisión unilateral del otro, que de repente no se lo ha comunicado? No podemos dejar de tener presente que en muchas ocasiones el conviviente que deja sin efecto la inscripción de la unión de hecho solo persigue eliminar la publicidad de la convivencia para efectos de adquirir o vender bienes como si fuera soltero y sin compromisos con la conviviente, pero seguir gozando de la convivencia real, a pesar de haberla dado por terminada en la oficina registral.

En conclusión, consideramos que, si bien el trámite de reconocimiento de unión de hecho vía notarial agiliza el reconocimiento de derechos y obligaciones entre sus integrantes, favorece a la familia que se genera a partir de la convivencia y protege los derechos patrimoniales de ambos convivientes, no se ha cumplido cabalmente con la regulación requerida. Todo ello es el resultado de no establecer las formalidades necesarias para la inscripción de la terminación de la unión de hecho, con el conocimiento inmediato del conviviente que no fue quien tomó la decisión del cese; no precisar las formalidades de la extinción de la sociedad de bienes generada en la convivencia; y, menos aun, proteger los derechos y obligaciones de los integrantes de la familia generada a partir de la unión de hecho, como tampoco de los terceros.

5.9. Inventario

El inventario es un proceso no contencioso de competencia notarial a partir de la promulgación de la Ley 26662, cuyo objeto es certificar la existencia e individualización de determinados bienes, en un lugar y un momento determinado (mas no de certificar la propiedad o situación jurídica del solicitante respecto de los bienes). La intervención notarial se realiza a través de la extensión de un acta, en la que consta la descripción ordenada de los bienes que puede percibir a través de sus sentidos. Se debe indicar el lugar en que se encuentran, su estado y las características que permitan su individualización.

El objetivo del inventario es asegurar la conservación de bienes ante cualquier tipo de circunstancia. Es un trámite que puede ser utilizado tanto en actos con incidencia patrimonial, contemplados en las normas especiales que regulan materias societarias, comerciales, tributarias, etc., como en aquellos de índole no patrimonial, previstos en temas de familia, como son los bienes de la sociedad conyugal, los de un menor que ha estado sujeto a tutela, los de un interdicto administrados por el curador, los de la masa hereditaria del causante, entre otros.

5.9.1. Competencia notarial

El segundo párrafo del art. 29 de la Ley 26662 establece dos posibilidades:

- 1) Es competente el notario del lugar en que se encuentre cualquiera de los bienes. Si los bienes están en diversas provincias, será competente el de cualquiera de ellas.
- 2) El que primero conoció de la solicitud de inventarios.

Este es un caso de extensión de competencia único, puesto que se permite que el notario se desplace a cualquier otra provincia del Perú para ejercer función notarial, con el objeto de lograr la unicidad del proceso de inventario. Inclusive, en tiempos de globalización, en no pocas ocasiones se consulta al notario la posibilidad de incluir en el inventario bienes que se encuentran fuera del territorio nacional. Esta situación aún no ha sido prevista por el legislador, pero que consideramos recomendable que sea atendida, en reconocimiento de que cada vez son más comunes los casos de patrimonios de personas naturales o jurídicas con domicilio en el Perú que tienen propiedades en el extranjero.

5.9.2. Requisitos de la solicitud

- a) La solicitud presentada por escrito por cualquier persona que tenga legítimo interés. En esto, la norma tiene amplitud de criterio para la legitimación del solicitante.
- b) La descripción y ubicación de los bienes a ser inventariados.
- c) La identificación de las personas con legítimo interés que deban ser notificadas para concurrir a la diligencia.

5.9.3. Acta de inventario

- a) Recibida la solicitud, el notario fija día y hora para realizar el acta de inventario. Para tal efecto, notifica al solicitante, así como a todas las personas que tengan legítimo interés, según la indicación que aparece en la solicitud.
- b) Transcurridos tres (3) días hábiles, contados a partir del día siguiente en que el último de los interesados fue notificado de la diligencia de inventario, se realiza la diligencia de inventario. El notario concurre personalmente

al lugar donde se encuentran los bienes o el solicitante debe presentar los bienes ante este en su domicilio, de ser el caso.

- c) Los bienes a ser inventariados son todos aquellos indicados en la solicitud. Adicionalmente, se pueden incorporar hasta el mismo momento de la diligencia cualquier otro bien, a solicitud de cualquier interesado. La inclusión se puede pedir hasta durante el momento mismo en que se realiza el inventario, esto es, hasta antes que haya concluido dicho proceso, ya que en algunos casos puede tomar más de un día. Es requisito indispensable para la inclusión de nuevos bienes en el inventario que el solicitante lo acredite «con el título respectivo», conforme señala el art. 32 de la Ley 26662. Consideramos, por tanto, que tendría que presentar un documento público que acredite la pertinencia legal del bien a ser incluido. Sin embargo, resulta pertinente tener presente que, siendo este un asunto no contencioso en el cual se prioriza el acuerdo unánime de las partes, sea por manifestación expresa o tácita, al dejar que se haga el inventario sin formular oposición, el notario podría incluir el bien en el acta de inventario⁽⁵¹⁾.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 147 del Código Procesal Civil, que resulta de aplicación supletoria en el trámite notarial, si alguno de los interesados guarda silencio sobre el pedido de inclusión de los bienes en los inventarios, no podría hacerse su inclusión mediante acta hasta transcurridos por lo menos 3 días hábiles, que es el

(51) Ello se realizaría respetando la naturaleza jurídica de su actuación, señalada en el art. 31 de la Ley 26662, que expresamente señala que el notario no califica la propiedad ni la situación jurídica.

plazo genérico previsto en la norma procesal antes señalada. Así debe realizarse, salvo que todos los interesados estén presentes en la diligencia de inventario y manifiesten expresamente su conformidad con la inclusión del bien solicitado en ese acto.

- d) El contenido del acta es la descripción en forma ordenada de los bienes, en que se indica el lugar donde se encuentran, el estado y las características que permiten su individualización.
- e) Concluida la extensión de la diligencia, firman el acta el notario y los interesados que concurran, si así lo desean. Si alguno se negare a suscribirla, se dejará constancia de este hecho.
- f) No se exige que el proceso de inventario se realice en acto único, ya que, por las circunstancias de la ubicación de los bienes a ser inventariados o por la cantidad de estos, este tendría que realizarse en actos sucesivos. En cada oportunidad, el notario extiende un acta de los bienes inventariados.

5.9.4. Oposición

Cualquiera de los interesados puede formular oposición, que puede ser total o parcial. En el primer caso, el notario da por concluida su actuación y remite lo actuado al Poder Judicial. Ante la formulación de una oposición parcial, esto es, la negativa de uno de los interesados a que se realice el inventario de ciertos bienes, el trámite notarial continúa y se procede a inventariar sólo los bienes en los que existe unanimidad de todos los interesados. El notario incluirá en su acta solo los bienes en los que no hay oposición ni contienda, puesto que esa es la naturaleza del proceso no contencioso.

5.9.5. Desistimiento de oposición

La Ley 26662 no ha contemplado la posibilidad de que, frente a una oposición de la tramitación del inventario y una vez recibido por el juez de la materia el proceso, los interesados formulen desistimiento a la oposición y soliciten que se devuelva lo actuado al notario⁽⁵²⁾.

5.10. El notario: protagonista en el derecho de sucesiones

El término «suceder» implica la acción de ocupar el lugar de otro. En materia de Derecho de Familia, se entiende por «sucesión» el traslado de los derechos y obligaciones de una persona a otra, con motivo de su fallecimiento. Diversos factores —la información respecto al deterioro de la salud; la posible pérdida de las facultades; los riesgos de perder la vida, tanto por razones de la salud como por accidentes, reportados ahora mediante estadísticas de conocimiento público— permiten a la persona reflexionar cada vez con mayor frecuencia acerca de las consecuencias del fin de su existencia, de tal manera que el tema de sucesiones es motivo de principal consulta ante el notario. Asimismo, el avance del diagnóstico del tiempo de vida que manejan hoy en día los médicos es cada vez más exacto, pues se encuentra sustentado en las posibilidades científicas y tecnológicas

(52) Este fue el caso de un proceso de inventario de los bienes de una masa hereditaria tramitado por mí. En dicha oportunidad, el albacea formuló oposición a la continuación del trámite sin expresión de causa, aunque extraoficialmente tuvimos conocimiento que el fundamento era dilatar el proceso, por cuanto los herederos no le cancelaban sus honorarios. Después de transcurrido más de un año de haberse tramitado el expediente, el juez solo había emitido una resolución, en la que acusaba recibo del expediente y se abocaba a conocimiento. Es decir, en más de un año no realizó trámite alguno, aunque solo faltaba inventariar una caja fuerte en el Banco. Los solicitantes prefirieron abonar los honorarios al albacea, quien se desistió de la oposición, y el expediente regresó a la notaría para continuar con el trámite y concluirlo. El hecho mencionado demuestra la garantía de obtener celeridad en los procesos no contenciosos de competencia notarial, a diferencia de la demora en su tramitación judicial. Debido a la recarga de procesos en que los jueces tienen competencia, los plazos se dilatan indefinidamente.

de conocer con mayor certeza el estado de salud de las personas, así como en informes estadísticos que permiten calcular el tiempo y las circunstancias del desenlace final. Todo ello, aunado a la obligación de proporcionar la información al paciente, condiciona a la persona a ordenar su propia sucesión.

En los últimos años, el tema sucesorio ha tenido dos grandes modificaciones. La primera de ellas ha sido la aprobación del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, que modificó después de más de 40 años el anterior Reglamento del Registro de Testamentos de 22 de enero de 1970. Además, diseñó por primera vez las normas reglamentarias del Registro de Sucesiones Intestadas, al incorporar en un solo cuerpo legal los testamentos y sucesiones intestadas. De ese modo, el dispositivo ha previsto la solución de los conflictos, no poco frecuentes, de transmisiones sucesorias, en las que se presentan de manera conjunta el testamento y la sucesión intestada. El nuevo reglamento contiene disposiciones que incorporan la más alta tecnología al servicio de la unicidad y transparencia a nivel nacional en la inscripción de las sucesiones mortis causa. Asimismo, crea un Índice Nacional de Sucesiones, conformado por el Índice del Registro de Testamentos y el Índice de Sucesiones Intestadas de todas las oficinas registrales del país. Por otro lado, la segunda modificación importante en el tema de sucesiones es el reconocimiento de los derechos sucesorios de los concubinos, establecido en la Ley 30007, que se comentará más adelante.

5.10.1. El rol del notario en materia de sucesiones

La vinculación del notario con el tema de sucesiones aparece desde el inicio de la República. Una revisión histórica de

la regulación del notariado en el país permite hallar, en el Código de Enjuiciamientos de 1852, la regulación de las funciones de los llamados entonces «escribanos Públicos o de instrumentos», quienes tenían la obligación de extender los testamentos en sus registros de escrituras públicas. Asimismo, el art. 228, en el inciso 4, establecía la obligación del notario de mantener en reserva el contenido del testamento mientras viva el testador. Ambas disposiciones se han mantenido intactas en cada una de las leyes reguladoras de la función notarial y se encuentran plenamente vigentes en la actualidad.

Hoy en día, el notario cumple un rol protagónico tanto en el otorgamiento del testamento por escritura pública y el cerrado, como en la protocolización del ológrafo. Asimismo, este posee competencia para tramitar la comprobación de testamento cerrado, así como el proceso de sucesión intestada en los casos en que no exista testamento, a partir de la promulgación de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. En consecuencia, el notario interviene en la transmisión mortis causa de los derechos y obligaciones de la persona, tanto en los casos en que esta ocurre de manera voluntaria, según lo dispuesto en el testamento, o, a falta de este, a través de la determinación de los herederos en el proceso de sucesión intestada.

5.10.2. Derechos sucesorios entre los convivientes

La promulgación de la Ley 30007, publicada con fecha 16 de abril de 2013, significó un gran cambio en materia de los derechos de los integrantes de la unión de hecho y en materia de sucesiones. La mencionada norma reconoce el derecho sucesorio al varón y mujer libres de impedimento matrimonial que conforman una unión de hecho. Los requisitos para la procedencia de los derechos sucesorios,

según lo señalado en el art. 2 de la Ley 30007, son los siguientes: «que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros». El reconocimiento legal de la unión de hecho se ha facilitado a partir de la promulgación de la Ley 29569, que otorgó competencia a los notarios para que los convivientes acudan en forma conjunta a sede notarial, de manera tal que, encontrándose con vida y de mutuo acuerdo, las personas que conforman la unión de hecho pueden obtener el reconocimiento en forma oportuna. Así, estas cumplen con el primer requisito para obtener los derechos sucesorios similares a los de los cónyuges en el matrimonio.

La inscripción de la situación jurídica de convivencia y las facilidades del reconocimiento de la unión de hecho a través de la competencia notarial fueron el precedente necesario para el siguiente paso trascendental en los derechos de los convivientes, determinado en la reciente Ley 30007. Dicho dispositivo ha modificado los arts. 35 y 38 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, al reconocer los siguientes derechos del integrante sobreviviente de la unión de hecho: 1) solicitar la comprobación de testamentos del causante y 2) presentar la solicitud de sucesión intestada, en cuyo caso debe adjuntar la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, agregando, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme.

A partir de la vigencia de esta norma, los derechos sucesorios de los concubinos han suscitado posturas diversas. Quienes se encuentran a favor, consideran que no existe razón alguna para discriminar en materia de sucesiones con motivo del matrimonio; los opositores argumentan que, de esa forma, se violaría el art. 4 de la

Constitución, el cual establece que el Estado promueve la mencionada institución. Según la última postura, el hecho de equiparar los derechos de los concubinos a los de los cónyuges estaría en contra de la promoción de la matrimonio. Empero, es nuestro interés enfatizar que la norma no ha igualado de forma efectiva los derechos sucesorios de los integrantes de la unión de hecho con los que corresponden a los cónyuges.

En efecto, si bien el art. 2 de la Ley 30007 reconoce los derechos sucesorios entre los integrantes de la unión de hecho, exige para ello que la pareja «reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros». En consecuencia, los requisitos para heredar del cónyuge respecto del concubino son bastante diferentes.

En el caso del cónyuge, resulta suficiente que este acredite que se mantenía vigente el vínculo matrimonial a la fecha de fallecimiento del causante, lo que se acredita con el acta de matrimonio sin inscripción de divorcio. Si fuera el caso de que los cónyuges se encontraran separados de hecho en el momento del fallecimiento del causante, esta separación –que lleva consigo el cese de los deberes matrimoniales– no tendría efecto alguno en los derechos sucesorios que le corresponden al cónyuge supérstite.

En cambio, diferente es la situación de los convivientes, pues para que tengan derechos sucesorios, el integrante supérstite debe encontrarse libre de impedimento matrimonial y haber convivido con el causante, a la fecha de su fallecimiento, por los últimos dos años, cumpliendo deberes semejantes a los del matrimonio. Si por alguna razón no se hubiera acatado alguna de las condiciones establecidas en el art. 326 antes detalladas, el conviviente supérstite no tendría derechos sucesorios.

Por otro lado, el art. 3 de la Ley 30007 establece el reconocimiento, en sede notarial o judicial, de la unión de hecho como requisito para obtener los derechos sucesorios. En los casos en que este no se haya obtenido antes del fallecimiento de uno de sus integrantes, el mismo dispositivo deja a salvo la posibilidad de que el integrante sobreviviente lo solicite judicialmente, mas ya no en sede notarial.

Sin embargo, la redacción del art. 3 no resulta totalmente clara y contiene algunas imprecisiones, ya que aparentemente no solo exige al integrante sobreviviente el reconocimiento en sede judicial o notarial, sino que además establece que la unión de hecho deba encontrarse inscrita. Transcribimos la segunda parte del art. 3: «sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior».

De la lectura de estas dos normas, se puede concluir que el integrante sobreviviente, además de los requisitos establecidos en el art. 2 de la Ley 30007, debe acreditar la inscripción en el Registro Personal del reconocimiento de la unión de hecho, tramitada en sede judicial o notarial. Como consecuencia de lo anteriormente mencionado, es pertinente hacerse la siguiente pregunta: respecto del notario que tramita la sucesión intestada de una persona que tenía inscrito el reconocimiento de la unión de hecho, ¿estaría obligado (el notario) a solicitar prueba adicional para acreditar que la integrante superviviente cumplía, al fallecimiento del causante, con los requisitos establecidos en el art. 326 del Código Civil? La respuesta coherente debería ser negativa, por cuanto no existe disposición alguna que haya previsto la exigencia del solicitante de presentar prueba en tal sentido. En todo caso, la existencia de la vigencia de la inscripción en la oficina registral constituiría presunción suficiente de que se

habrían mantenido vigentes los requisitos establecidos en el art. 326 del Código Civil. Cualquiera que invoque lo contrario, tendría que acreditarlo en sede judicial, en un proceso de nulidad de declaratoria de herederos.

5.10.3. Testamento por escritura pública

En materia de sucesiones, la legislación nacional se rige por el sistema de la herencia forzosa. La legítima alcanza hasta un máximo de dos tercios de los bienes que integran la masa hereditaria, que se reparte entre los herederos según el orden establecido en el art. 816 del Código Civil⁽⁵³⁾. La cuota de libre disposición se distribuye según la voluntad del causante expresada en el testamento. Sin embargo, la disposición de la cuota permitida en la ley no es la única motivación para otorgar el testamento, pues existen razones patrimoniales y no patrimoniales que llevan a las personas a la necesidad de recurrir al testamento, y así garantizar que se cumpla su voluntad para después de la muerte.

El fundamento constitucional de la libertad de disponer sobre los propios bienes para después de la muerte se encuentra en la garantía de la propiedad privada. No obstante, en casos en los que la decisión no tiene relación con la propiedad de sus bienes, esta no se sustenta en el derecho de la herencia, sino directamente en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, implicados en el reconocimiento al derecho a la vida.

(53) «Artículo 816.- Ordenes sucesorios

Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad.

El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo».

5.10.4. Estipulaciones no patrimoniales en testamento

Según el art. 686 del Código Civil vigente, el testamento es un instrumento que contiene actos de disposición de contenido patrimonial para después de la muerte de la persona. Solo para evitar nulidades, el segundo párrafo de la mencionada norma precisa que «también son válidas las disposiciones no patrimoniales que pueda contener»⁽⁵⁴⁾. Esta redacción ha llevado a algunos a concluir de forma inexacta que para que el testamento sea válido, este debe contener disposiciones de carácter patrimonial; empero, el testamento puede no tenerlas y ser absolutamente válido.

Así, discrepamos de la definición del testamento en el Código Civil, ya que induce a error a la ciudadanía en general. Según lo comprueba el notario en su propia experiencia, el testamento es el documento mediante el cual las personas realizan declaraciones voluntarias de gran trascendencia no patrimonial, que solo se expresan en el convencimiento que serán públicos recién después de su fallecimiento.

No puede existir duda alguna de la trascendencia de las estipulaciones testamentarias de contenido no patrimonial. Estas pueden condicionar en forma definitiva la vida de otras personas, como en el caso del reconocimiento de la filiación, la declaración negativa de paternidad biológica —con el fin de esclarecer la identidad de una persona que ha sido reconocida como hijo biológico sin tener tal condición—, la designación de tutor o curador, el consentimiento

(54) **“Artículo 686.- Sucesión por testamento**

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”.

de la inseminación *post mortem*⁽⁵⁵⁾, entre otras. De esta forma, el notario cumple una importante función, al crear el instrumento que formaliza la voluntad del testador dentro del marco jurídico que le corresponde e informarle las consecuencias jurídicas de su declaración.

Así como en el campo de la salud, la evolución de la ciencia y la tecnología ha impactado en el desarrollo de instituciones jurídicas casi inamovibles hasta hace unos cincuenta años; tal es el caso del inicio de la vida de la persona, la filiación, la familia y los temas sucesorios. En todos ellos, cada vez existe un mayor reconocimiento de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, antes regulado en un marco jurídico de prevalencia del orden público. En el caso de las disposiciones testamentarias, la autonomía de la voluntad no se reduce a elegir, en la esfera patrimonial, la distribución de los bienes de una persona para después de su muerte. Por el contrario, esa voluntad crea un contenido adecuado a cada persona, al establecer actos, derechos y obligaciones con efecto vinculante a partir de su fallecimiento. Al respetar sus disposiciones legales, se permite crear, según lo considera conveniente el testador, condiciones, plazos y demás encargos a sus herederos o a terceros, a quienes el testador ha decidido voluntariamente beneficiar. En sus vínculos, las personas no se ciñen a los modelos y estereotipos contemplados en las normas jurídicas, ya que constantemente diseñan relaciones atípicas, en las que reclaman el reconocimiento de normas que les permitan cumplir con sus íntimos deseos. Sin embargo, mientras ocurre el amparo legal, es a través de la escritura pública que pueden dejar constancia

(55) Este es un tema aún no contemplado en la legislación nacional. No obstante, es mencionado al tener en cuenta que actualmente se acepta la inseminación *in vitro* y la conservación de óvulos fecundados, lo que permite colocarse en la hipotética situación del tipo de inseminación señalado.

de la declaración de su voluntad, a partir de la cual puedan otorgarse derechos, asumir obligaciones y evitar el abuso del derecho.

5.10.5. Formalidades del testamento por escritura pública

De todos los actos de competencia notarial, el testamento por escritura pública es el instrumento del que el Código Civil exige mayores formalidades. Es más, a pesar de los avances de la tecnología que son utilizados por el notario en el ejercicio de su función, el testamento por escritura pública es el único instrumento que el notario está obligado a redactar de puño y letra. El art. 696 del Código Civil señala sus requisitos esenciales, que son los siguientes:

1. Unidad del acto. Por excepción, el testamento puede suspenderse por cualquier causa, en cuyo caso el notario está obligado a dejar constancia de este hecho y continuar su facción en otra oportunidad, cumpliendo con los mismos requisitos exigidos para su otorgamiento en el art. 696 del Código Civil.
2. Expresión directa de la voluntad del testador.
3. Escritura de puño y letra del notario en su registro de escritura pública.
4. Firma en un solo acto: testador, testigos y notario en cada página.
5. Lectura «clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que él elija».
6. Constancia notarial de ratificación del testador luego de lectura del instrumento.
7. Carácter reservado mientras viva el testador.
8. Inscripción en el Registro de Testamentos.

No existe norma alguna que establezca la exigencia al testador de presentar certificado médico antes de otorgar el testamento. La práctica notarial y los problemas de impugnación de testamento, muchas veces sustentados en la supuesta falta de capacidad, han determinado que los notarios, por iniciativa propia, exijan a personas de avanzada edad la presentación de certificados médicos que acrediten su capacidad de discernimiento, y garanticen que es una persona ubicada en tiempo, espacio y circunstancias. En todo caso, es un requisito de prevención que se encuentra sujeto al criterio de seguridad de cada notario en particular.

5.10.6. Contenido del testamento por escritura pública

La escritura pública del testamento consta de tres partes: introducción, cuerpo y conclusiones. Cada una de ellas tiene el siguiente contenido:

- **Introducción:** Fecha, lugar, identificación del notario, identificación del testador, identificación de los testigos, fe de capacidad, libertad y conocimiento del otorgante.
- **Cuerpo:** La designación de los herederos del testador. Adicionalmente, puede contener otras disposiciones testamentarias, de acuerdo con la voluntad del testador, que se encuentren arregladas a ley, tales como actos de liberalidad de la cuota de libre disposición, mejora de los herederos forzosos, condonación de deuda, reconocimiento de paternidad, distribución de los bienes de su patrimonio y otras de índole no patrimonial.
- **Conclusión:** Constancia de lectura, ratificación, modificación o aclaración del testador; subsanación de error u omisiones; constancia de número de serie de papel notarial en que se

extiende el instrumento; fecha, firma y huella digital de los otorgantes, y firma del notario.

5.10.7. Inscripción del testamento por escritura pública

El notario extiende el parte notarial que contiene la fecha del otorgamiento del testamento, las fojas del registro notarial (donde corre extendido el nombre y domicilio del testador, así como el nombre del notario y de los testigos) y la constancia de su suscripción. El otorgamiento de testamento se inscribe en el Registro de Testamentos, que forma parte del Registro de Personas Naturales del domicilio del testador.

El registrador abre una partida registral en la cual se inscribe el otorgamiento de testamento que da cuenta de su existencia. La inscripción registral no genera publicidad a terceros hasta el fallecimiento del testador. Al fallecimiento del testador, el notario extiende un parte que contiene el texto íntegro del testamento, al que adjunta la copia certificada del acta de defunción, la misma que puede ser insertada en el parte notarial. Seguidamente, solicita la inscripción del contenido de las disposiciones testamentarias que corresponden a los actos inscribibles en el Registro de Testamentos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso d) del art. 8 del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 156-2012-SUNARP-SN, publicada el 20 de agosto de 2012⁽⁵⁶⁾.

(56) **“Artículo 8.- Actos Inscribibles**

Son actos inscribibles en el Registro de Testamentos:

d) Las disposiciones testamentarias; que pueden ser las siguientes:

- Las instituciones de herederos o legatarios, así como las condiciones, plazos o cargos que los afecten, cuando corresponda.

Resulta destacable lo dispuesto en el penúltimo párrafo del art. 21 del reglamento mencionado, que contiene la obligación del registrador de “no consignar los datos que vulneren el derecho a la intimidad. De manera enunciativa constituyen supuestos de vulneración del derecho a la intimidad la información relacionada con la calidad de hijo adoptivo o extramatrimonial”.

5.10.8. Comunicación al Colegio de Notarios

Dentro de los ocho (8) primeros días del mes siguiente al otorgamiento del testamento, el notario está obligado a comunicar al Colegio de Notarios de su jurisdicción los testamentos por escritura pública y cerrados que hayan sido otorgados ante él. El notario debe llevar un cuaderno de cargo de tales comunicaciones. Esta es una obligación adicional, que permite al Colegio de Notarios asegurar el cumplimiento de la información de la existencia del testamento. El notario está obligado a guardar absoluta reserva del otorgamiento y del contenido del testamento a terceros, salvo las comunicaciones antes detalladas a la oficina registral y al Colegio de Notarios, al que a su vez se extiende la obligación de guardar reserva de la información recibida por los notarios que lo integran. La reserva termina con la presentación del acta de defunción del testador.

-
- El nombramiento del cargo de albacea testamentario;
 - Las facultades de los albaceas y su ejercicio en forma individual, conjunta, sucesiva o indistinta en los casos de pluralidad de albaceas.
 - La desheredación y su revocatoria, de ser el caso.
 - La indivisión dispuesta por testamento de conformidad con el artículo 846 del Código Civil.
 - El fideicomiso testamentario.
 - Y demás disposiciones testamentarias con relevancia jurídica”.

5.10.9. Testamento cerrado

El testamento cerrado, en oposición al abierto, es redactado en privado por el testador, quien después lo coloca en un sobre cerrado, que entrega al notario para efectos de su custodia y conservación. De esta manera, asegura la certeza de su otorgamiento, la inscripción en la oficina registral y la futura publicidad del contenido de sus cláusulas testamentarias después de su fallecimiento.

5.10.10. Formalidades esenciales del testamento cerrado

Las formalidades esenciales del testamento cerrado, señaladas en el art. 699 del Código Civil, son las siguientes: el testador lo otorga en forma escrita, en cualquier medio de impresión; firma en cada una de sus páginas, salvo que lo otorgue a manuscrito; coloca el testamento dentro de un sobre cerrado o una cubierta clausurada, sin rotura o alteración; y, ante la presencia de dos testigos, personalmente entrega al notario el sobre cerrado que contiene su testamento. Posteriormente, el notario extiende en la cubierta un acta que contiene la constancia de otorgamiento y recepción, así como la firma de testador, testigos y notario. Por último el notario transcribe el acta de la cubierta en su Registro de Testamentos. Las formalidades antes descritas deben cumplirse en un solo acto.

5.10.11 Inscripción del testamento cerrado

El notario extiende el parte notarial que contiene el acta transcrita en el protocolo notarial. El registrador abre una partida que contiene la misma información que en el caso del testamento por escritura pública, con la indicación de la modalidad de testamento cerrado.

5.10.12. Comprobación y protocolización del testamento cerrado

Producido el fallecimiento del testador, el notario en cuyo oficio se realizó la comprobación y protocolización del testamento cerrado, si se trata de procedimiento notarial, o el que solo protocolizó el expediente cuando la comprobación se realizó judicialmente, presenta el parte que contiene el texto del testamento. A este, adjunta la copia certificada del acta de defunción para que se inscriban disposiciones testamentarias.

5.10.13. Proceso no contencioso de comprobación de testamentos cerrados

La comprobación de testamentos cerrados es un trámite previsto en la Ley de Competencia Notarial en la Tramitación de Asuntos No Contenciosos, Ley 26662. Este se inicia mediante la petición escrita de la persona que se considere heredero forzoso o legal, incluido el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, o de la persona que considere haber sido instituido heredero voluntario, legatario o que sea acreedor.

5.10.14. Requisitos de la solicitud

Los requisitos de la solicitud de comprobación de testamento cerrado son los siguientes:

1. El nombre del causante.
2. Copia certificada de la partida de defunción o de declaración de muerte presunta del testador.
3. Certificación registral de no figurar inscrito otro testamento.
4. Indicación del nombre y dirección de los presuntos herederos.

5. Copia certificada del acta notarial extendida cuando el mismo fue otorgado o, en su defecto, certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserve bajo custodia, así como el nombre y domicilio de testigos que intervinieron en la entrega del testamento cerrado.

5.10.15. Medios probatorios

El acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta es el medio probatorio previsto en el art. 37 de la Ley 26662. En caso de no contar con el acta, y cuando el sobre estuviera deteriorado, acepta la norma que son admisibles como prueba la copia certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, y el cotejo de la firma o letra del testador. Consideramos que en los tiempos actuales, en que resulta de aplicación la tecnología en el Registro de Testamentos, la publicidad de la oficina registral, respecto de la existencia de un testamento cerrado, resulta prueba suficiente para solicitar, junto con la presentación de la partida de defunción del causante, la comprobación del testamento cerrado.

5.10.16. Proceso no contencioso de sucesión intestada

En los casos en que la persona no ha otorgado testamento, resulta procedente el trámite de sucesión intestada, con el objeto de declarar a sus herederos forzosos o legales, según corresponda. La Ley 26662 otorgó competencia a los notarios en la tramitación de la misma. El trámite se inicia mediante solicitud escrita presentada por cualquiera de los interesados a los que alude el art. 815 del Código Civil o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley. El notario competente es aquel del lugar del último domicilio del causante.

5.10.17. Requisitos de la solicitud

La solicitud debe contener:

1. Nombre del causante.
2. Nombre y dirección de los presuntos herederos.
3. Relación de bienes «conocidos» del causante.
4. Copia certificada de la partida de defunción del causante o de la declaración de muerte presunta.
5. Copia certificada de la partida de nacimiento del presunto heredero o herederos, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial o adoptivo.
6. Copia certificada de partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme.
7. Certificación registral en la que conste que no hay inscrito testamento u otro proceso de sucesión intestada en el lugar del último domicilio del causante y en aquel donde hubiera tenido bienes inscritos.

5.10.18. Notificaciones y publicación

Presentada la solicitud, se notifica a todos los interesados, y se manda hacer una publicación en el diario oficial y en un diario de mayor circulación de un extracto de la solicitud, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 26662. En caso de herencia vacante, se notifica a la Sociedad de Beneficencia Pública o, a falta de esta, a la Junta de Participación Social, en ambos casos, del lugar

del último domicilio del causante en el país o de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima Metropolitana, si estuvo domiciliado en el extranjero. Seguidamente, el notario cursa oficio a la oficina registral para que realice una anotación preventiva de la solicitud.

5.10.19. Inclusión de otros herederos

Dentro del plazo de 15 días de realizada la publicación, puede solicitar la inclusión como heredera cualquier persona que acredite su calidad de tal, adjuntados los documentos señalados en el art. 834 del Código Procesal Civil. Luego, el notario lo pondrá a conocimiento de los solicitantes. Si transcurridos diez días útiles, no mediara oposición, el notario lo incluirá en su declaración y en el acta correspondiente.

5.10.20. Oposición al trámite de sucesión intestada

El consentimiento unánime de todos los interesados es requisito indispensable en la tramitación notarial de todos los procesos no contenciosos. En caso de formularse una oposición, el notario está obligado a abstenerse de continuar con el trámite. Sin calificación del sustento de la oposición, el notario remite de inmediato los actuados al Poder Judicial.

5.10.21. Protocolización de los actuados

Transcurrido el plazo de 15 días hábiles de la publicación del último aviso, el notario extiende un acta que declare los herederos del causante, que han acreditado su derecho en el trámite sin que exista oposición. La naturaleza jurídica del documento que extiende el notario es un «acta de notoriedad», por cuanto el notario reconoce el carácter de herederos legítimos a los designados por ley (previa

acreditación de la existencia de vínculo conyugal o familiar, mediante copias certificadas de partidas, o documentos públicos notariales o judiciales de reconocimiento de vínculo familiar, cónyuge o integrante de unión de hecho). Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios; por ende, el notario tiene el deber de investigar la existencia y veracidad de los mismos.

5.10.22. Inscripción de la sucesión intestada

Extendida el acta de sucesión intestada, el notario remite partes al Registro de Sucesión Intestada del lugar donde se ha seguido el trámite, y a los Registros donde el causante tenga bienes o derechos inscritos, a fin de inscribir la sucesión intestada que identifica a sus herederos.

CONCLUSIONES

1. La autonomía de la persona, es decir, la aptitud de esta para decidir sobre su propio destino, es inherente a la racionalidad del hombre y define su naturaleza de ser humano como único ser que puede elegir y actuar en forma razonada, a partir de una apreciación personal de las futuras posibilidades evaluadas según sus propios valores y no en forma instintiva como cualquier animal. La autonomía de la persona incide en materia del Derecho Civil, al reducir la función controladora del Estado, ante la evidencia del legislador de que su función creativa resulta insuficiente para prever en una norma legal todos los escenarios ante los cuales la persona ejerce libremente su voluntad.
2. El proyecto de vida es el diseño que realiza cada persona respecto de su propia existencia, a partir del reconocimiento de sí mismo como un ser temporal. A lo largo de su existencia, la persona crea diversos tipos de proyectos para desarrollar cada una de sus actividades, las que son evaluadas y rediseñadas constantemente porque esta no es estática, sino un ser variable y vulnerable a diversas circunstancias.
3. A partir de la segunda mitad del siglo XX, diversos convenios y acuerdos internacionales han establecido obligaciones a los Estados que se adhieren a ellos de reconocer y desarrollar los derechos a la igualdad, la libertad, la no discriminación y la

autonomía de la mujer, los menores y las personas que sufren discapacidad física o mental. En esa dirección, el Perú ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4. En su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido conceptos derivados de derechos fundamentales tales como el derecho a la libertad, a la vida y al libre desarrollo de la personalidad. De ese modo, establece la obligación de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio de poder público para que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Por ello, las disposiciones de la Corte han influido en los tribunales nacionales.
5. El aspecto más relevante para asegurar el ejercicio del derecho de autonomía de la persona consiste en establecer los mecanismos que le permitan expresar su voluntad en forma segura, de modo que los terceros puedan conocerla y respetarla. Ello es posible gracias al documento notarial, al que se le atribuye autenticidad como consecuencia de la fe pública que impone el notario al emitirlo, en mérito a la facultad otorgada por el Estado.
6. El notario latino es el profesional independiente que ejerce una función pública derivada del Estado, la cual consiste en asesorar, orientar e informar a los particulares sobre los efectos y consecuencias del acto, así como los contratos que ante él se celebren o en los cuales intervenga. De esa manera, este ejerce su función creadora, al adecuar la voluntad de los otorgantes

a la legalidad, bajo las formas que aseguren su ejecución y conservación a través de los tiempos.

7. A inicios del siglo XX, en el Perú, el notario se independiza del Poder Judicial y, desde las últimas dos décadas del milenio, su función empieza a consolidarse y ser reconocida en la legislación nacional. Así lo evidencian el Decreto Ley 22634, el Decreto Supremo N° 015-85-JUS (Código de Ética del Notario), el Decreto Ley 26002 (Ley del Notariado) y la Ley 26662, que instaura la competencia notarial en asuntos no contenciosos.
8. El Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado y de la Función Notarial, establece objetivos vinculados a la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y su protocolo de enmienda, así como el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, para lo cual señala obligaciones de índole tecnológica en la infraestructura y el cumplimiento de la función. Sin embargo, la norma omite reconocer que el notario en el Perú también cumple una labor, al garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito de sus derechos personalísimos, familiares y sucesorios.
9. Respecto a la identidad de la persona, el notario facilita el reconocimiento de hijos fuera del matrimonio a través de la escritura pública y el testamento, así como prestando facilidades en la determinación genética de la filiación, mediante su intervención en el proceso de constatación del ADN. Por su parte, los problemas de identidad derivados del error u omisión en el nombre de la persona se resuelven en sede notarial, mediante un proceso no contencioso que, en breve plazo, concluye con el mandato de modificación en la

inscripción en el Registro Nacional de Identidad (RENIEC) del acta de nacimiento, matrimonio o fallecimiento de la persona.

10. Actualmente, el cambio de género de la persona por decisión unilateral, en ejercicio del derecho de autodefinición de su persona, se tramita como un proceso voluntario no contencioso ante los Juzgados Letrados de Familia en otros países de América Latina. Ese es el caso de la República Oriental del Uruguay (Ley N° 18.620 del 17 de noviembre de 2009) y de Argentina (Ley n. 26.743 del 09 de mayo de 2012). Consideramos que en un futuro cercano, de adherirse el Perú a una legislación similar, este también podría ser un asunto de competencia notarial.
11. La jurisprudencia de diversas Cortes Superiores en el Perú ha tenido que resolver diversos casos de maternidad subrogada, ocurrida a partir de las terapias de reproducción asistida en madres gestantes diferentes a las madres biológicas, que han generado demandas de discusión acerca de la identidad de la madre legal. Estos casos se podrían evitar si se facultara a las personas a celebrar acuerdos por escritura pública, en los cuales se dejen establecidas en forma previa las obligaciones de los intervinientes, en especial el reconocimiento de la identidad y filiación, en protección de los derechos de los padres y del hijo por nacer.
12. El notario formaliza diversos actos y contratos en beneficio de los derechos de protección de los menores tales como el nombramiento de tutor y curador, en los casos que puede hacerse por escritura pública; el reconocimiento de hijos; la autorización para el matrimonio de menores de edad, otorgada por quienes ejercen la patria potestad; y la autorización de viaje de menores al interior y al exterior del país. No obstante,

se encuentra pendiente la reglamentación de una norma que permita que el niño y el adolescente concurren ante el notario a prestar su declaración y formalizarla, en igualdad de condiciones que un adulto, en los temas que les resulte de importancia.

13. En consonancia con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el notario no puede ser ajeno a la aplicación de ajustes razonables en la prestación de servicios a las personas con discapacidad. Resulta urgente que se establezca en la legislación nacional la obligación de eliminar barreras que impidan o limiten el acceso de las personas con discapacidad física o intelectual a los servicios notariales.
14. La reciente modificación de la curatela, establecida en la Ley 29633, faculta a la persona adulta mayor a designar en forma anticipada a la persona de su curador y establecer sus facultades, así como también a rechazar en forma anticipada el nombramiento de personas determinadas, mediante escritura pública. Ello es un claro reconocimiento de la función asesora, creadora y formalizadora que cumple el notario a favor de la futura incapacidad de la persona, y facilita la ejecución del diseño del proyecto de vida que esta puede realizar frente a su posible incapacidad, evitando que un tercero la sustituya en su voluntad.
15. La Ley General de la Salud, en el último texto modificado por la Ley 29414 del año 2009, reconoce el derecho del paciente a poseer información previa, en un lenguaje simple y accesible a su entendimiento, así como la obligación de los profesionales de la salud de recibir el consentimiento informado del paciente. Empero, las formalidades que garanticen el cumplimiento de estos deberes y derechos no han sido reguladas en forma clara

y precisa, pues en algunos casos se exige la presencia de testigos y en otros la firma legalizada del paciente. Por el contrario, consideramos que la intervención del notario para garantizar los derechos de la persona en el ámbito de la salud debe ser objeto de regulación expresa y detallada, de manera tal que este asegure con su participación el cumplimiento del mandato de la Ley en beneficio de la persona.

16. El notario cumple funciones relevantes como garante del derecho a conformar una familia, el cual se encuentra establecido en la Constitución, que reconoce tanto la institución del matrimonio como la unión de hecho. En el primer caso, el notario interviene en la separación de patrimonios, que puede realizarse antes o después de celebrado el matrimonio; la protección del predio familiar, a través del proceso no contencioso de patrimonio familiar; la adopción de personas capaces, otro proceso no contencioso de competencia notarial; así como en la separación convencional y divorcio ulterior. En el segundo caso, el notario tiene competencia para reconocer la existencia de la unión de hecho, por decisión voluntaria de ambos integrantes, a través de un proceso no contencioso sustentado en prueba documental y en la declaración de testigos.
17. El notario tiene competencia en el proceso no contencioso de inventario, que es un requisito obligatorio en diversas situaciones del ámbito familiar. Entre estas, se encuentran el inventario de bienes en el matrimonio o con motivo de su extinción; aquellos de un menor, efectuado por los tutores; o aquellos que integran la masa hereditaria.
18. La vinculación del notario con el tema de sucesiones aparece desde el inicio de la República en el testamento por escritura

pública. En la actualidad, el notario cumple un rol protagónico en materia de transmisión sucesoria, por cuanto tiene competencia en el otorgamiento de testamento por escritura pública, así como en la recepción del testamento cerrado, que incorpora en su Registro de Testamentos. Asimismo, se encuentra facultado para tramitar, como asunto no contencioso, la sucesión intestada y la comprobación de testamento cerrado.

19. Hoy en día, el notario cumple una importante función en la garantía de ejecución de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito privado, que incluye a la familia y permite la realización de proyecto de vida. Por ello, es indispensable que la legislación notarial y civil reconozca expresamente dicha función y que, en proyección al futuro, consolide, fortalezca y amplíe el rol que el notario brinda a la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- Abramovich, V. (2011). Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. En Rodríguez Garavito, C. (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 211-230). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Abregú, J., Adrianzén, G., Aguilar, B., Álvarez, J., Arias, O., Beltrán, P.,...Zárate, J. (2010). *Los registros y las personas. Dimensiones jurídicas contemporáneas*. Lima: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC.
- Aguilar Llanos, B. (2013, 22 de abril). Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional. *Revista Jurídica*, (17), pp. 1-7.
- Alcántara Barbany, F., De la Blanca García, A., Fábrega Ruiz, C., Ganzenmüller Roig, C., López Ebri, G., López-Mora González, N.,...Santos Urbaneja, F. (2011). *Manual de buenas prácticas del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad*. Madrid: Fundación Aequitas.
- Alegre Martínez, M. A. (1996). *La dignidad de la persona, como fundamento del ordenamiento español*. León: Universidad de León.

- Andrier, N., & Becerra Palomino, C. E. (Coord). (2013). *Derecho de las mujeres. Actualidades alrededor del mundo*. Lima: Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú.
- Arias-Schreiber, M. (1997). *Exégesis del código civil peruano de 1984*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- (2004). *Derecho de Familia, Amparo Familiar*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Armella, C. N. (2013). La Ley de identidad de género en la República Argentina y su impacto en el ámbito del Derecho Notarial y Registral. Los derechos humanos de las minorías y la seguridad jurídica del tráfico internacional. En Pérez Gallardo, L. B., & Arévalo, M. A., (Coord.), *Escritos sobre Derecho Notarial. Libro Homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino* (pp. 45-71). Lima: Guy Editores E.I.R.L.
- Arredondo Galván, F. X. (2010). El notario ante los retos de la informática. Capítulo 4. *Revista Internacional del Notariado*. RIN (116), pp. 63-81.
- (2000 setiembre – 2001 abril). El notariado en el mundo y su proyección hacia el futuro. *Revista de Derecho Notarial*. Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, pp. 18-57.
- Arruñada, B. (1995). *Análisis económico del notariado*. Madrid: Consejo General del Notariado.
- Atienza, M. (1993). *Tras la justicia*. Barcelona: Editorial Planeta S.A.
- (2010). *Bioética, Derecho y argumentación. Segunda edición*. Lima: Palestra Ediciones.
- Azzarello, M. S. (2011). Naturaleza jurídica y carácter de la función notarial. En Lucero Eserverri R. A., & Pérez Gallardo,

- L. B. (coord.), *Panorama actual del derecho notarial en Hispanoamérica* (pp. 377-402). Buenos Aires: Júpiter. Librería Jurídico Notarial.
- Bacigaluppo, N. C., De Dios, M. R., & Marzuillo, P. E. (2010, junio). Discapacidad intelectual y el artículo 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Conferencia presentada en el XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.
- Barranco, M. C. (2009). *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- Bauman, Z. (2011). *La sociedad sitiada*. Primera edición. Sexta reimposición. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Belandro, R. S. (2010). El régimen de los poderes provenientes del extranjero. Capítulo 4. *Revista Internacional del Notariado*. RIN (116), pp. 82-94.
- Bielsa, R. (1996). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Blasi, G. F. (2012). Derecho a la identidad de género. Recuperado de: <https://www.facebook.com/dr.cavaliere/posts/372144536192536> (consulta: 19 de abril de 2015)
- Bono, J. (1976). *Historia del Derecho Notarial Español*. Tomo I. Madrid: Junta de Colegios Notariales de España.
- Brancós Nuñez, E. (2000). La función notarial en la contratación y economía de mercado. Tema III. *Ponencias presentadas por el Notariado Español. IX Jornada Notarial Iberoamericana*, pp. 173-255.
- Bucay, J. (2010). *El camino de la autodependencia*. Barcelona: Editorial Sudamericana y Editorial del Nuevo Extremo.

- Calderón Puertas, C. A., Zapata Jaén, M. E., & Agurto Gonzales, C. (Coord.). (2009). *Persona, Derecho y Libertad*. Lima: Motivensa SRL.
- Calderón Puerta, C. A., Agurto Gonzales, C., & Quequejana Mamani, S. L. (Coord.). (2013). *Observatorio de derecho civil. Las sucesiones*. Volumen 16. Lima: Motivensa SRL.
- Calvo Vidal, I. A. (2012, mayo). El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de las nuevas normativas en materia de sucesiones. *Noticias de la Unión Europea*, (328), pp. 97-107.
- (2014, marzo – abril). La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones. *El Notario del siglo XXI. Consumidores y cláusulas abusivas*, (54), pp. 144-147.
- Camps, V. (2001). *Una vida de calidad. Reflexiones sobre bioética*. Barcelona: Editorial Crítica, S.L.
- Cárdenas González, F. A. (2007). *El poder otorgado en el extranjero*. México: Editorial Porrúa.
- Cárdenas Krenz, R. (2008). La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO: Consideraciones en torno a sus alcances y naturaleza jurídica. En Abellán Salort, J., Andruet (H), A. S., Cárdenas Krenz, R., De la Flor Matos, M., Falla Guirao, M., Guevara Pezo, V.,...Wagner Grau, P. *Temas de Bioética y Derecho* (pp. 71-95). Lima: Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
- Cardona, F. (2005). *Grandes biografías: Cristóbal Colón*. Madrid: Edimat Libros.
- Carral y de Teresa, L. (1989). *Derecho notarial y Derecho registral*. México: Porrúa.

- Carrión García de Parada, P. (2012, mayo). El Notario y el Derecho de familia en la Unión Europea. *Noticias de la Unión Europea*. N° (328), pp. 83-86.
- Clavería Gosálbez, L. H. (2014, marzo – abril). El notario ante las cláusulas abusivas. *El Notario del siglo XXI. Consumidores y cláusulas abusivas*, (54), pp. 7-9.
- Crespo, A. (2004). El notario y los derechos humanos. *Revista del Notariado*. 107(877), pp. 105-112.
- (2009). La crisis financiera global y el notariado latino. *Revista Internacional del Notariado*, (115), pp. 35-42.
- D' Antonio, D. H. (2000). *La ley 26.579 – mayoría de edad – y la capacidad de los menores*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- De Andrade Nery, R. M. (2010). *Introducción a la ciencia del derecho civil*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- De la Fuente Hontañón, R. (2008). El fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz. *Revista de Derecho*, (9), pp. 65-79.
- De Prada, C. (2014, 22 de mayo). El arbitraje testamentario. *El notario del siglo XXI. Un gigante con pies de silicio*, (56), pp. 128-131.
- Defensoría del Pueblo. (2013, enero – diciembre). *Decimosexto informe anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República*. Lima.
- Del Busto Duthurburu, J. A. (1991). Los Escribanos en la Conquista del Perú. En *Notarius*. Revista del Colegio de Notarios de Lima, (1), pp. 161-163.

- Del Rosario, M. (2012, enero – diciembre). La conformación de la universalización y primacía de los derechos Humanos. *Revista de derechos humanos*, (3), p. 115-128.
- Delgado, M., & Gallén, C. (2006). *Normalidad y límite. Construcción e integración social del borderline*. Madrid: Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A. y Fundación Aequitas.
- Delgado Echevarría, J. (2012). Reflexiones sobre la libertad de testar y sus límites. En particular, la moral y el principio de no discriminación. En Ordoñez Armán, D. F. (Coord.), *150 años de historia: una función de futuro 11º congreso notarial español* (pp. 1- 9). Madrid: s/e.
- Di Castelnuevo, F., Ferrari, E.B., Llorens, M.P., & Solari, M.E. (2010). El notario, profesional capacitado, hombre ético y socialmente responsable, al servicio de los derechos de las personas. Conferencia llevada a cabo en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.
- Díaz Cáceda, J. (2006). *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Díez-Picazo, L. (2013). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Pamplona: Thomson Reuters.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2012). *Sistema de derecho civil*. Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- El notario. (2010). *Historia del notariado*. Recuperado de <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/historia-del-notariado> (consulta: 19 de abril de 2015).

- Espinoza Espinoza, J. (2012). *Derechos de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*. Tomo II. 6ª edición. Lima: Grijley.
- Estarás Ferragut, R. (2012, mayo). El Derecho de la Persona. El Notario y la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU. *Noticias de la Unión Europea*, (328), p. 59-68.
- Estruch Estruch, J., Martínez Velencoso, L., Serra Rodríguez, A., & Verdura Server, R., (Coord.). (2010). *Derecho de familia*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Fernández Arce, C. (2008). *Derecho de sucesiones. Propuestas de reforma al Libro IV del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fernández Postigo, J. C. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Fernández Sessarego, C. (1996). El daño al proyecto de vida. En Diké, Portal de Información y Opinión Legal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF (consulta: 19 de abril de 2015)
- (2001). *Derecho y persona. Introducción a la teoría del Derecho*. Lima: Grijley.
- (2005). *Defensa de la persona. La Constitución Comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima.
- (2009). *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984. Historia, Ideología, Aportes, Comentarios Críticos, Propuesta de Enmiendas*. Lima: Motivensa SRL.

- (2010). La problemática del transexualismo. En Reniec (Ed.), *Los registros y las personas. Dimensiones jurídicas contemporáneas*, pp. 737-784. Lima: Reliza S.R.L.
- (2012). *Derecho de las personas. Análisis artículo por artículo al libro primero del código civil peruano de 1984*. Lima: Motivensa SRL.
- Ferrer, F. A. M., Gallit Fiant, M. M., Gitter, A., Medina, G., Méndez Costa, M. J., Natale, R. M.,...Saux, E. I., (2010). *Nuevo régimen legal del matrimonio civil. Ley 26618*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fraga Mandián, A., & Lamas Meilán, M. M. (1999). *El consentimiento informado. (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)*. Lima: Revista Xurídica Galega.
- Francke, M. (2011). El lugar de las mujeres: aún estrecho e incómodo. En Pásara, L. (Ed.), *Perú ante los desafíos del siglo XXI* (pp. 173-218). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fromm, E. (2009). *La condición humana actual*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- García Pons, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Fundación Aequitas.
- García Toma, V. (2013). *Derechos fundamentales*. Arequipa: Editorial Adrus S.R.L.
- García Villegas, E. (2007). *La tutela de la propia incapacidad*. Mexico, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gardeazabal Del Río, F. J. (2014, marzo – abril). La acreditación del derecho extranjero. *El Notario del siglo XXI. Consumidores y cláusulas abusivas*, (54), pp. 168-174.

- Gattari, C. (1992). *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Giberti, E. (2010). *Adopción siglo XXI. Leyes y deseos*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Gil Dominguez, A. G., Fama, M. V., & Herrera, M. (2010). *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Giler, S., Massa, C. N., Pierri, P. J., & Spina, M. V. (2010, junio). La actividad notarial es pro homine. La autoprotección como ejercicio de la libertad. Conferencia, presentada en el XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.
- Gómez Hinostroza, V. C. (2008). *Eutanasia. Entre la vida y la muerte*. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Gómez Taboada, J. (2000, octubre). La intervención notarial y el litigio judicial: algunos aspectos concretos del derecho español actual. Conferencia llevada a cabo en la IX Jornada Notarial Iberoamericana, Lima, Perú.
- (2011). *Derecho de sucesiones. Número 8*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Lamber, R. A., & Etchegaray N. P. (Coord.). (2010). *Derecho civil aplicado*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Gómez - Heras, J. (Coord.). (2002). *Dignidad de la vida y manipulación genética. Bioética. Ingeniería genética. Ética feminista. Deontología médica*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Gonzales Barrón, G. (2012). Estudio preliminar del sistema notarial peruano. En Cavallé Cruz, A. *El notario como garante de los derechos de la persona*. Lima: Jurista Editores.

- (2013). El notario es agente de la libertad real. En Pérez Gallardo, L. B., & Arévalo, M. A., (Coord.), *Escritos sobre Derecho Notarial. Libro Homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino*. (95-123). Lima: Guy Editores E.I.R.L.
- (2015). «Un balance *Primera Facie* sobre la nueva Ley del Notariado». Recuperado de: http://www.derecho.usmp.edu.pe/11ciclo/civil/seminario_derecho_notarial/documentos_doctrina/Comentarios%20Ley%20Notariado%20GGonzalesB.pdf (consulta: 19 de abril)
- González Martín, B. (2014, marzo – abril). Gestación por sustitución. No inscripción en el Registro civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *El Notario del siglo XXI*, (54), pp. 36-40.
- Gutiérrez Girardot, R. (2008). La literatura hispanoamericana de fin de siglo. En Íñigo Madrigal, L. (Coord.). *Historia de la literatura hispanoamericana* (pp. 495-506). Volumen II. Madrid: Cátedra.
- Herrán Alonso, J. C. (2010). *El orden jurídico de la libertad. La aportación de F.A. Hayek al estudio del derecho*. Madrid: Unión Editorial, S.A.
- Hoyos Castañeda, I. (2000). *Las personas y los derechos. Consideraciones. Bioético-Jurídicas*. Instituto de Humanidades de la Sabana. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis. S. A.
- Huerta, Luis. (2006). El derecho a la igualdad: su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. En Mosquera Monelos, S. (Coord.), *El derecho fundamental de igualdad* (pp. 59-126). Lima: Palestra Editores.
- Iguíñiz Echevarría, J. M. (2012) Desarrollo como Libertad: Invitación a la interdisciplinariedad. En Ruiz-Bravo, P.,

- Patrón, P., & Quintanilla, P. *Desarrollo Humano y Libertades. Una aproximación interdisciplinaria* (pp. 13-36). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Isolina Dabove, M., & Tullio Budassi, R. G. (2014, mayo). Vejez y Salud mental: el camino de los jueces hacia la nueva capacidad. Conferencia presentada en el 1er Congreso Interdisciplinario – Vulnerabilidad y Derecho, Rosario, Argentina.
- Jiménez, E. P. (Coord.). (2006). *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Justo Cosola, S. (2013). El concepto de Derecho notarial al a luz de la naturaleza de la función (Diálogos entre Vallet de Goytisolo y Von Ihering). En Pérez Gallardo, L. B., & Arévalo, M. A., (Coord.), *Escritos sobre Derecho Notarial. Libro Homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino* (pp. 225-246). Lima: Guy Editores E.I.R.L.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2001). El derecho del menor a su propio cuerpo. En Borda, G. A. (ed.), *La persona humana* (pp. 249-287). Argentina: La Ley S. A. A.
- Krasnow, A. N. (2006). *Filiación. Determinación de la maternidad y partenidad-acciones de filiación-procreación asistida*. Buenos Aires: La ley S.A.E.
- Kübler-Ross, E. (2009). *La rueda de la vida*. Barcelona: Ediciones B, S.A.
- Küng, H., & Jens, W. (2010). *Un alegato a favor de la responsabilidad*. Madrid: Editorial Trotta.
- Landa Arroyo, C. (2006). *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra Editores.

- (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Lidón Heras, L. (2011). *La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*. Madrid: Editorial Centro de estudios Ramón Areces y Fundación Aequitas.
- Llorens, L. R. (2010). El notario ante la persona dis – discerniente. Ponencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.
- Llorens, L. R., & Rajmil, A. B. (2010). *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida de discernimiento*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Lohmann Luca De Tena, G. (1995). *Derecho de sucesiones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- López-Medel, J. (Coord.). (2009). *Adopción: seguridad jurídica e interés superior del menor*. Madrid: Fundación Aequitas.
- Luca de Tena, G. L. (2002). *Derecho de Sucesiones. Vol XVII – Tomo III*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lucero Eseverri, R. A. (2010, junio). Crédito vitalicia con garantía hipotecaria. Conferencia presentada en el XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.
- Lucero Eseverri, R. A., & Pozzi, H. R. (2010, junio). Fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida. Conferencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.

- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad del Pacífico, centro de investigación.
- Martínez Muños, J. A. (2010, enero – diciembre). Vida y derecho. *Revista de derechos humanos*, (1), pp. 103- 128.
- Martínez-Pujalte, A. L. (2010). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- (2010, enero – diciembre). Derecho a la vida y discapacidad en torno al denominado “Aborto eugenésico”. *Revista de derechos humanos*, (1), pp. 85-102.
- Mesía, C. (2010). *Mis decisiones básicas y los precedentes vinculantes del tribunal constitucional*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Muñoz, R. N. (2013). La jurisdicción no contenciosa y la adopción en Guatemala. En Pérez Gallardo, L. B., & Arévalo, M. A., (Coord.), *Escritos sobre Derecho Notarial. Libro Homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino* (pp. 125-138). Lima: Guy Editores E.I.R.L.
- Nieto, A. (2007). *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Nino, C.S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.
- Novak, F., & Salmón, E. (2002). *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Núñez Lagos, R. (2013). *Los esquemas conceptuales del instrumento público*. Lima: Gaceta Notarial.

- Ñúñez Paz, M. A. (2006). *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.).
- Olaizola, F. (2013, Mayo-Junio). Una visión crítica de la Orden EAH/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. *Revista El Notario del SigloXXI*. Recuperado de: <http://www.olaizolanotario.es/una-vision-critica-de-la-orden-eha28992011-de-transparencia-y-proteccion-del-cliente-de-servicios-bancarios/> (consulta: 19 de abril de 2015)
- Ollero Tassara, A. (2010, enero – diciembre). Vida humana, derecho y moral. *Revista de derechos humanos*, (1), pp. 31-58.
- Olmo, J. P. (2014, 8, 9 Y 10 de mayo). Lineamientos para la implementación de un sistema de apoyo para la toma de decisiones en niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Ponencia presentada en el 1er Congreso Interdisciplinario – Vulnerabilidad y Derecho, Rosario, Argentina.
- Pacheco Zerga, L. (2007). *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Parra Benítez, J. (2008). *Derecho de familia*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Parra Lucán, M. A. (2012). Autonomía de la voluntad y derecho de familia. En Ordoñez Armán, D. F. (Coord.), *150 años de historia: una función de futuro 11º congreso notarial español* (pp. 3- 50). Madrid: s/e.
- Pellegrino, E. (1990). La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*. 108(5-6), pp. 379-390.
- Peña Gonzáles, O. (Coord.). (2012). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC.

- Pereira Menaut, A. C. (2011). *En defensa de la constitución*. Lima: Palestra Editores.
- Pérez de Vargas, J. (2001, diciembre). La Autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad de La Rioja, (86), pp. 937-974.
- Pérez Fernández del Castillo, B. (2010). *Derecho notarial*. Decimoséptima edición. México, D. F.: Editorial Porrúa.
- Pérez Lozano, N. O. (2014). *La función notarial. Creadora de Derecho*. Lima: Grijley.
- Pérez-Palma Gustavson, V. M. (2013). *Bioconciencia de la Existencia*. Lima: s/e.
- Pohl, A. E. (2008). *A will is not enough*. United States of America: s/e.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra Editores.
- Prats Albentosa, L. (2012, mayo). El control de legalidad notarial en el Derecho de la Unión. *Noticias de la Unión Europea*, (328), pp. 39-49.
- Raggi, M. E. (2011). *Poderes y mandatos*. Buenos Aires: Di Lalla Ediciones.
- Rajmil, A. B., & Arévalo, E. J. (2010, junio). Fe pública y función notarial. La fe pública notarial a través de la historia. Conferencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.
- Rams Albesa, J. (2014, 24 de mayo). Nuevas orientaciones en el Derecho de familia. *El notario del siglo XXI*, (46), pp. 131-133.
- Rams Albesa, J. J., de Amunátegui Rodríguez, C., Serrano Gómez, E., & Anguita Villanueva, L. A. (2009). *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Madrid: Editorial Dykinson.

- Rawls, J. (2012). *Justicia como equidad*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- Rubio Correa, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M., Eguiguren, F., & Bernales, E. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Llorente, F. (2010). *Derechos fundamentales y principios constitucionales. (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Salmon, E. (2011). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Santa María D' Angelo, R. (2012). *Dignidad Humana y "nuevos derechos". Una confrontación en el derecho peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Sapag, M. A. (2010, enero – diciembre). El derecho ante la muerte. Consideraciones jurídicas y morales en torno a la "Eutanasia" y la "Otanasia". *Revista de derechos humanos*, (1), p. 171-192.
- Sar Suárez, O. & Alvarez Miranda, E. (2013). *Reporte de jurisprudencia. Precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. Arequipa: Editorial Adrus S.R.L.
- Savater, F. (1998). *Etica para Amador. 30ª edición*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Seoane Cacharrón, J. (2014, marzo – abril). Ventajas de las competencias compartidas de los notarios y registradores con los secretarios judiciales ante el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntario. *El Notario del siglo XXI*, (54), pp. 52-58.

- Silva Sánchez, J. M. (2010, enero – diciembre). "Diagnóstico de preimplantación" y derecho. Una valoración jurídica de la generación de embriones *IN VITRO* con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero. *Revista de derechos humanos*, (1), p. 59-74.
- Siurana, C. (2005). *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*. Madrid: Editorial Trotta.
- Sobrevilla, D. (2013). *La filosofía del derecho en el Perú*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.
- Stiglitz, J. E. (2008). *El malestar en la globalización*. Madrid: Santillana Ediciones Generales, S.L.
- Suárez Franco, R. (2007). *Derecho de sucesiones. Quinta edición*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Sunsteins, C. R., & Holmes, S. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.
- Talavera, P. (2012, enero – diciembre). Los derechos de autonomía y el interés superior como ejes de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. Problemas y Paradojas. *Revista de derechos humanos*. 3, p. 75-114.
- Tealdi, J. C. (2008). *Bioética de los Derechos Humanos. Investigaciones biomédicas y dignidad humana*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Travieso, J. A. (1996). *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- UINL (2005). Recuperado de: <http://www.uinl.org/146/principios-fundamentales-del-sistema-de-notariado-de-tipo-latino> (consulta: 19 de abril de 2015)

- Unicef (2015). Recuperado de: www.unicef.org (consulta: 19 de abril)
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En Rodríguez Garavito, C. (Ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 109-137). Madrid: Siglo XXI editores.
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia. Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.
- Voiscovich, M. M. (2010, junio). La actuación notarial, su rol como mediador. Conferencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.
- Yagüez, R. A. (2012). La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento. En Escolano Navarro, J. J. (Coord.), *150 años de historia: una función de futuro 11º congreso notarial español* (1- 19). Madrid: s/e.
- Zambrano, P. (2010, enero – diciembre). La distinción entre aceptar la muerte y elegir la muerte. La razonabilidad de la injerencia del estado en la omisión de cuidados médicos. *Revista de derechos humanos*, (1), p. 129.
- Zanazzi, M. S. (2010, junio). El notario como intérprete jurídico. Conferencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.
- Zannoni, E. A. (2008). *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- (2008). *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Zavala de González, M. (2010). *Tratado de daños a las personas. Daño moral por muerte*. Buenos Aires. Astrea.
- Zito Fontán, O. C. (2010, junio). La discapacidad: una cuestión de derechos humanos. La función notarial en la defensa de los derechos fundamentales. Conferencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana, República Dominicana.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
Jr. Azángaro 1075 • Cercado de Lima
<info@grijley.com>,
en el mes de abril de 2016.