

NUEVA LEY QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN LAS MUNICIPALIDADES Y NOTARÍAS

JUAN BÉLFOR ZARATE DEL PINO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Notario de Lima.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Matrimonio y Divorcio inmersos en el debate.- III. Objeciones de la Iglesia y de algunos letrados.- IV. Ámbito material de la aplicación de la Norma.- V. Separación convencional.- VI. Los requisitos que la solicitud debe contener.- VII. Cuestiones colaterales a ser definidos por actos previos.- VIII. El procedimiento en sede notarial.- IX. La competencia municipal.- X. Vigencia de la Ley y la de su Reglamento.

I. INTRODUCCIÓN

Por la Ley 29227, recientemente promulgada por el ejecutivo y publicada en el Diario Oficial El Peruano del 16 de Mayo del 2008, se ha puesto en vigor la ley que regula el procedimiento no contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior en Municipalidades y Notarías; la campaña mediática desatada luego de la aprobación del proyecto respectivo en el seno de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, para oponerse a su aprobación, no logró impedir que finalmente fuera promulgada; ley que no marca en lo absoluto una apertura divorcista ni tiene el propósito de estimular los divorcios y destruir los matrimonios, por lo que es necesario efectuar algunas acotaciones para precisar el tema que ha estado en debate, refutar las críticas que fueron vertidas, fijar su ámbito de aplicación, los requisitos a ser exigidos, el procedimiento a seguirse, y acerca de la vigencia de la Ley y de su Reglamento.

Para que se autorice una separación de cuerpos por acuerdo de los cónyuges y su conversión a ulterior divorcio ya no será imprescindible que los interesados tengan que ejercitar una acción judicial, ya que la Ley 29227 establece competencias alternativas a las que los interesados pueden acudir, los Alcaldes Provinciales o Distritales o ante Notario, que estando investidos de función pública pueden efectuar un control de legalidad de la petición efectuada y homologar la decisión de los cónyuges con todas las garantías de seguridad jurídica; a raíz de la promulgación de la norma legal ya no rige la regla antes aceptada por la cual "no hay separación de cuerpos ni divorcio sin sentencia que así lo declare", ella deberá ser complementada con una excepción "salvo por la causal de separación convencional y divorcio ulterior", pues el procedimiento para su formalización ha sido desjudicializado.

II. MATRIMONIO Y DIVORCIO INMERSOS EN EL DEBATE

Tema siempre controversial el de la separación de cuerpos y el divorcio pues atañe a dos instituciones jurídicas claves en la vida de las personas y en el destino de las familias, una es el matrimonio que determina su constitución, y la otra, el divorcio que conlleva a su disolución, que es la forma más civilizada de poner fin a la situación de un matrimonio en crisis, al deterioro de la relación y la ulterior ruptura que se hace ostensible cuando ya no se da la vida en comunidad que caracteriza objetivamente al matrimonio.

Cuando se debaten estos temas que son tan sensibles pues nos atañe a todos que desde nuestro nacimiento estamos integrados en el seno de una familia, se manifiesta una tendencia primaria y facilista de recusar todo mecanismo que tienda a facilitar el divorcio, calificándola de atentatoria contra uno de los caracteres esenciales del matrimonio que es su estabilidad y permanencia, y se

dice muy expresivamente el matrimonio funda una familia y el divorcio la destruye, supuestamente lleva a las parejas al despeñadero de un abismo, lo que nos llevaría a eliminar la figura del divorcio por negativa, maligna o atentatoria contra la familia, pero esa idea es ciertamente equivocada y la regresión al sistema de indisolubilidad prácticamente imposible.

Para comprender el problema debe considerarse una doble dimensión en el matrimonio, una genérica o abstracta, como institución, y otra, en la realidad concreta de determinadas parejas matrimoniales desavenidas; como institución, no hay duda que existe un interés social en preservar su estabilidad y permanencia que no significa necesariamente su perpetuidad e indisolubilidad; no se puede imponer un matrimonio que ya no tiene contenido real en cualquier caso, sin que importe el costo emocional e impuesta contra la voluntad de ambos cónyuges, pues el matrimonio no se agota en el consentimiento inicial prestado en la ceremonia de casamiento, el matrimonio no es solo un acto, el matrimonio es también un estado en el que ese consentimiento, esa opción de vida por la unión matrimonial debe ser continua, debe renovarse cotidianamente.

Es así que cuando dejamos de considerarla en su dimensión abstracta y pasamos a examinar algunos matrimonios en su realidad concreta, encontraremos que algunas veces estas uniones matrimoniales ya no tienen un funcionamiento real, por el contrario, son fuente de conflictos a veces tan dramáticos en las que no solo se hace necesaria sino hasta imprescindible la disolución de ese vínculo como modo de evitar mayores consecuencias dañosas a los cónyuges, los hijos y la sociedad, dándole a los ex cónyuges una nueva oportunidad de rehacer sus vidas, el divorcio promueve así de manera indirecta el matrimonio en tanto posibilita la constitución de nuevas uniones familiares que tengan contenido real.

III. OBJECIONES DE LA IGLESIA Y DE ALGUNOS LETRADOS

Como era previsible, los primeros en manifestarse como críticos de la norma promulgada han sido algunos dignatarios de la Iglesia, rememorando una polémica ya agotada en el siglo pasado, sosteniendo posiciones antidivorcistas respecto al matrimonio que es una institución de carácter civil y no un artículo de fe; el divorcio ha sido incorporado en el Perú por Ley 6890 de 8 de octubre de 1930, y la secularización definitiva del matrimonio se produjo en nuestro país con la promulgación del Código Civil de 1936 que afirmó la competencia exclusiva del Estado sobre el tema del matrimonio y su posible disolución, ya no tiene pues carácter sacramental, y pese a que los legisladores que conformaron las comisiones reformadoras de los Códigos Civiles de 1936 y de 1984 fueron confesos antidivorcistas, tuvieron la honestidad de reconocer que el divorcio era ya en ese entonces una realidad irreversible en nuestra legislación, como ocurre también en el derecho comparado en el que es casi unánime su aceptación.

Este procedimiento que ya existe en nuestra legislación civil y procesal civil, no atenta contra la estabilidad del matrimonio considerado genéricamente como institución, sino que únicamente atañe a algunas parejas ya desavenidas en su relación concreta, en que el matrimonio ha dejado de ser testimonio de unidad familiar, cuando ya existe una ruptura de hecho, y los cónyuges en ejercicio de la autonomía de su voluntad han decidido poner fin a su relación matrimonial que a ambos les resulta inconveniente, quienes así tendrán una nueva oportunidad de rehacer su relaciones de pareja en una nueva unión familiar.

Con la ley promulgada no se ha producido una apertura divorcista ya que no se han ampliado las causales de separación de cuerpos o divorcio que se encuentran taxativamente enumeradas en el artículo 333 del Código Civil, tampoco se ha modificado el plazo para la conversión de la separación de cuerpos en divorcio que es de dos meses de declarada la separación convencional según artículo 354 del Código Civil, la reforma legislativa que es objeto de comentario únicamente extiende la competencia para el conocimiento de este procedimiento de separación convencional y divorcio ulterior, cuando

este carezca en absoluto de contenido litigioso, a los Notarios y Municipalidades, estas últimas siempre que cuenten con el Certificado de Acreditación expedido por el Ministerio de Justicia.

Debe desmentirse pues en forma categórica, que se esté propiciando la destrucción de las uniones matrimoniales como han tergiversado quienes se beneficiaban con las demoras irrazonables de este trámite, es el mismo problema de algunos matrimonios ya desquiciados, lo único que se ha dispuesto es que los cónyuges involucrados, si esa es su voluntad, tengan la opción de plantear su solicitud ante los Juzgados de Familia del Poder Judicial que están excesivamente congestionados, o acudir ante un Notario o ante la Municipalidad autorizada, para que homologuen su decisión de separarse en un trámite más expeditivo, no se trata de liberalizar el divorcio, sino que cuando exista mutuo acuerdo evitar que sea innecesariamente largo, complicado y oneroso.

Se trata sin duda de un tema definitivamente zanjado, en los tiempos modernos ya nadie postula la indisolubilidad del vínculo matrimonial, quien lo haga estaría sosteniendo simplemente posiciones retrógradas o arcaicas, en situaciones de crisis se autoriza su disolución a través del divorcio previsto como sanción o como remedio o por la vía del mutuo consentimiento; el divorcio no destruye el matrimonio simplemente formaliza una ruptura preexistente, el divorcio no rompe la comunidad de vida que es expresión real del matrimonio, lo que hace es probar la existencia de esa ruptura que ya se ha dado en los hechos por la propia dinámica de las relaciones personales.

Por su parte, los abogados conocen el problema real y muy pocos se han manifestado en contra del proyecto, algunos que se consideran "constitucionalistas" y con supuesta autoridad para descalificar normas tildándolas de inconstitucionales, han opinado con ligereza señalando que la ley sería inconstitucional en tanto el artículo 4 de la Constitución Política obligan a la comunidad y al Estado a proteger a la familia y a promover el matrimonio, y la norma promulgada tendría un efecto contrario, desproteger a la familia y destruir el matrimonio, y que el proceso considerado como contencioso por el Código Procesal Civil solo puede ser de competencia de los Juzgados del Poder Judicial.

Esas objeciones provienen de una lectura incompleta del artículo 4 de la Constitución Política, cuyo segundo párrafo remite a una regulación legislativa sobre "las causas de separación y disolución" es decir tanto la separación de cuerpos como el divorcio tienen un reconocimiento constitucional, y que su regulación es un asunto de política legislativa; asimismo, respecto del carácter contencioso del trámite, la propia denominación de la causal, "Separación Convencional", supone un previo acuerdo de voluntades, un recíproco consentimiento, excluye todo conflicto, no hay partes con intereses contrapuestos, sino únicamente pluralidad de interesados en homologar su decisión ante una autoridad investida de función pública, que pueda cerciorarse de la identidad de los cónyuges, de su capacidad de ejercicio, y que pueda efectuar un control de legalidad de la petición a ser presentada en forma conjunta.

Finalmente se ha mencionado de manera injustificada que de darse competencia alternativa a los notarios, este trámite tenderá a encarecerse, predicción equivocada que no se ajusta a las leyes que rigen la economía que no son derogables por decreto o manipulables por interés, una de ellas, la ley de la oferta y la demanda, nos informa que a mayor oferta de servicios los costos tienden a reducirse, si a una veintena de Juzgados de Familia le adicionamos 150 Notarías y algunas Municipalidades es obvio que habrá una mayor cobertura de servicios que harán el trámite menos largo y oneroso, y ese es precisamente, uno de los propósitos de la norma hacer accesible también a personas de escasos recursos un trámite en el que no existe ninguna controversia.

IV. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA NORMA

De las trece causales de separación de cuerpos y divorcio enumeradas por el artículo 333 del Código Civil, la norma en comentario se refiere únicamente a la causal prevista en el décimo

tercer inciso, como separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, a la que se caracteriza como una causal genérica o indeterminada en tanto no existe obligación de probar y ni siquiera de mencionar los hechos que han motivado la ruptura matrimonial. Los trámites de separación de cuerpos y de divorcio por cualquiera de las causales contenidas en las doce restantes que se denominan específicas, seguirán siendo de competencia exclusiva del Poder Judicial dentro de un proceso contencioso.

En la estructura de las trece causales de separación de cuerpos contenida en el artículo 333 del Código Civil, que no se ha modificado en absoluto, pueden distinguirse las diez primeras causales que van desde el adulterio hasta la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, a las que se denominan causales específicas que responden al sistema del divorcio previsto como sanción y que tienen el carácter de subjetivas por estar inmersa en ellas la noción de culpa, tipifican inconductas de los cónyuges que implican grave faltamiento a los deberes del matrimonio, imputable a uno de los cónyuges o a ambos; deben considerarse en relación a estas causales la invocabilidad y la imputabilidad en el sentido que la acción se ejercita a petición del cónyuge agraviado contra el cónyuge culpable cuya inconducta requiere ser sancionada con la separación de cuerpos o el divorcio.

Las causales undécima y décimosegunda siguientes, incorporadas por la Ley 27495 de 7 de julio del 2001, son también específicas, aunque vaga o ambigua la causal undécima "imposibilidad de hacer vida en común" por carecer de contenido propio definido, dicha causal y la siguiente sobre separación de hecho por tiempo prolongado, se inscriben en cambio dentro del sistema del divorcio previsto como remedio, en cuya construcción está ausente la noción de culpa, por lo que se les caracteriza como causales objetivas, la búsqueda de un culpable como única explicación a las situaciones de crisis fue cuestionada porque proporcionaba una visión esquemática de la realidad, ya que no se trata de un problema de carácter individual sino de uno que surge de la vida de relación en la que ambos cónyuges puede ser partícipes del problema en mayor o menor medida, es así que antes que individualizar al culpable de la situación de crisis matrimonial a quien penalizar lo que se busca es constatar objetivamente que el matrimonio ha fracasado de modo irreparable haciendo improbable la reanudación de la vida en común, su objetivo es solucionar o remediar la existencia de ese matrimonio desquiciado, que se ha convertido en una corteza vacía de contenido y productora únicamente de situaciones lacerantes.

La décimo tercera causal, que es la única a la que se contrae la Ley 29227 que es objeto de comentario, es a diferencia de las anteriores que hemos caracterizado como causales específicas, una causal genérica o indeterminada pues no existe obligación alguna de precisar los hechos que motivan o que han dado lugar a la situación de crisis en el matrimonio, cuando se hace uso de esta causal no trascienden los reproches ni las graves desavenencias que podrían seguir dañando las relaciones personales de los cónyuges y la de estos con sus hijos, pero si será necesario que hayan quedado definidas por actos previos las convenciones respecto a los regímenes de la patria potestad, alimentos, tenencia, y de visitas, de haber hijos menores de edad, o de los regímenes de curatela, alimentos y visitas de haber hijos mayores con incapacidad, y que igualmente no existan bienes comunes de la sociedad de gananciales pendientes de liquidación, aspectos colaterales sustantivos sobre los que efectuaremos algunas reflexiones.

Esto implica que de existir hijos menores de edad o mayores incapaces de ejercicio sin que los padres hayan definido mediante sentencia judicial firme o mediante acuerdo conciliatorio celebrado con arreglo a ley lo relativo a las relaciones personales frente a sus hijos, sobre patria potestad, alimentos, tenencia y visitas o en su caso el ejercicio de la curatela (cuyo discernimiento es únicamente judicial y no materia conciliable) o cuando tampoco hayan determinado de mutuo acuerdo y con formalidad solemne el destino de los bienes sociales o gananciales de existir este patrimonio no

liquidado, el trámite respectivo de separación convencional seguirá siendo de competencia de los Juzgados de Familia, haciendo posible que el Juez y el Fiscal de Familia, este último que es también parte legitimada del proceso, puedan desempeñar su función tutiva.

A este respecto considero inconveniente que los Alcaldes o Notarios puedan modificar aún con el consentimiento de los cónyuges esos aspectos sobre el ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas o sobre el ejercicio de la curatela, bajo el supuesto de solucionar algunas inequidades, como se ha sugerido, los Notarios no tenemos funcionalmente margen de apreciación discrecional, nuestra actuación es en base a constatación objetiva de hechos; por lo demás, esos acuerdos en aspectos concernientes al ejercicio de la patria potestad y alimentos no son definitivos e irreversibles, en esas materias no existe la cosa juzgada material, el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes permite la revisión o modificación de las decisiones sobre tenencia ante nuevas circunstancias de hecho y siempre que haya transcurrido cuando menos seis meses después de la resolución originaria, y la de alimentos por estar autorizado su reajuste por el artículo 482 del Código Civil, de modo que si existiera alguna inequidad estará expedita la facultad del agraviado de recurrir al Poder Judicial para solucionarla.

V. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL

A esta causal que en el Código Civil anterior se le denominaba como mutuo disenso, se le conoce también como separación de cuerpos por mutuo consentimiento, separación por presentación conjunta, o separación bilateral incausada; algunos juristas le niegan a esta el carácter de causal por carecer de contenido propio y definido, pero en la estructura de la norma el artículo 333 del Código Civil está objetivamente considerada como tal, es por ello una causal genérica o indeterminada, en la que no existe la obligación de señalar o probar los hechos que motivan la situación de crisis matrimonial, que se suele encubrir bajo el eufemismo de incompatibilidad de caracteres, que dice muy poco o nada a la vez; quién podría negar que la causal undécima sobre "imposibilidad de hacer vida en común" tampoco tiene contenido propio, es ambigua, pero no por ello deja de ser una causal de separación de cuerpos o de divorcio.

Las causas o hechos reales que motivaron la ruptura es claro que existen, pero esas desavenencias no trascienden a la intimidad de la pareja; a través de esta causal los cónyuges pueden procesar adecuadamente sus diferencias, así se haya producido una causal específica que implique inconducta de uno o de ambos cónyuges, cuyos detalles no desean ventilar ante los Tribunales, o simplemente por incompatibilidad de caracteres en tanto no han logrado articular un proyecto existencial de vida en común y optan por caminos separados, los cónyuges solicitan autorización ante la autoridad competente para exonerarse de los deberes relativos a la cohabitación.

Para invocar esta causal se exige como condición necesaria el transcurso del periodo mínimo de vigencia del matrimonio que es de dos años computados a partir de su celebración, esto para impedir decisiones precipitadas de parejas jóvenes ante las primeras dificultades de la vida matrimonial, por considerarse necesario un periodo mínimo de adaptación para que los cónyuges puedan alcanzar la ansiada armonía conyugal, pero si transcurrido ese lapso los cónyuges no han llegado a comprenderse y surgen graves dificultades que provocan la ruptura conyugal la ley les franquea una vía civilizada para que acuerden los términos de una separación fundada en la libertad de consentimiento, cuyas decisiones personales deben ser respetadas.

Esta causal se diferencia de las otras causales específicas de separación de cuerpos y divorcio, entre otros aspectos, en que la separación convencional no es una causal de divorcio sino solamente de separación de cuerpos, es por ello que en las demás causales específicas la persona legitimada puede demandar alternativamente la separación de cuerpos o el divorcio, mientras que en el caso de la separación convencional no existe esa opción, los cónyuges basándose en ella solo pueden

solicitar la separación de cuerpos; luego de obtenida la autorización para esta separación recién puede solicitarse el divorcio ulterior luego de transcurrido el plazo de dos meses, es decir puede llegarse al divorcio por vía mediata o de conversión mas no directamente.

Es que nuestro sistema legal para afrontar las situaciones de crisis matrimonial es dual y alternativo, existe un doble régimen, uno es la separación de cuerpos y el otro el divorcio, la separación de cuerpos por separación convencional prevista como primera etapa en este procedimiento tiene por objeto que se autorice a los cónyuges la suspensión de los deberes que impone la cohabitación dejando subsistente el vínculo matrimonial, mientras que el ulterior divorcio que es la etapa final es una ruptura que en lugar de ser temporal y limitada en sus efectos es definitiva genera la extinción del vínculo, es decir ambas fases o etapas difieren mayormente en la intensidad de los efectos que producen y en que la separación es por solicitud conjunta mientras que su conversión se hará a pedido de cualquiera de los cónyuges.

VI. LOS REQUISITOS QUE LA SOLICITUD DEBE CONTENER

Por el principio de rogación que habilita la intervención del Notario a petición de los interesados el procedimiento no contencioso debe iniciarse con la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior a ser presentada por escrito ante el Notario que corresponda a la competencia territorial del último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio, con los datos que esta solicitud debe contener respecto al nombre, documentos de identidad, domicilio de los interesados, indicación del último domicilio conyugal, la firma y huella digital de los cónyuges, en la que se expresará de modo indubitable la decisión de los cónyuges de separarse.

Cabe señalar que conforme al artículo 4 de la Ley del Notariado, el ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial al margen de su localización, Distrital que es para fines de fijar el funcionamiento de su oficina, verbigracia: los Notarios de Lima tendrán competencia para conocer de estos procedimientos respecto de los matrimonios celebrados en cualquiera de los Distritos de la Provincia de Lima o cuyo último domicilio conyugal hubiera estado fijado en esta Provincia, entendiéndose por tal, conforme al artículo 36 del Código Civil, el domicilio en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, de no existir cohabitación, el último que los cónyuges compartieron, lo que se acreditará con una declaración jurada suscrita por ambos cónyuges.

Siendo la acción de separación de cuerpos personalísima según artículo 334 del Código Civil, la solicitud será presentada con la firma y la huella digital de cada uno de los cónyuges, lo que no impide que la solicitud pueda ser presentada también mediante apoderado que represente a uno de ellos o a ambos, siempre que se encuentre investido de poder especial por escritura pública, la que según artículo 15 del Reglamento de la Ley, deberá estar inscrito en los Registros Públicos; la intervención de apoderado es razonable pues si para la celebración del matrimonio que es igualmente un acto jurídico personalísimo el artículo 264 del Código Civil admite su intervención, no hay mayor razón para impedir el ejercicio de esa representación voluntaria que se admite sin restricciones en todos los supuestos de acciones judiciales de separación de cuerpos y de divorcio tramitadas en sede judicial, incluso sin el requisito de la inscripción del poder en el registro de Mandatos y Poderes.

Aunque la Ley 29227 no exige expresamente que la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior esté autorizada por abogado, si se acude a esta competencia alternativa en sede notarial deberá exigirse la autorización de letrado, por tratarse de un procedimiento no contencioso, en aplicación del artículo 14 de la Ley 26662 Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, en cuya virtud "Las solicitudes de inicio del trámite y los escritos que se presenten deben llevar la firma de abogado", así lo ha establecido el artículo 8 del Reglamento de la Ley; además, la intervención de abogado en ejercicio de su función social al servicio de la Justicia y el Derecho,

a solicitud de parte incluso en el acto mismo de la audiencia única, constituye una mayor garantía para la actuación del Notario.

A la solicitud de separación de cuerpos y divorcio ulterior se anexarán los siguientes documentos: a) copia simple de los documentos de identidad de los cónyuges; b) copia certificada de la partida de matrimonio de no más de tres meses de expedida; c) declaración jurada con firmas y huellas digitales, de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad; d) copia certificada de la partida de nacimiento de los hijos menores o mayores con incapacidad de no más de tres meses de expedida y copia certificada de la sentencia firme o del acta de conciliación, respecto a los regímenes de patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores o respecto de la curatela, alimentos y visitas respecto de los hijos mayores incapaces, si es que los hubiera; e) declaración jurada de los cónyuges con firmas y huellas digitales, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o la escritura pública inscrita en el registro respecto a la separación de patrimonios o el convenio de sustitución de régimen y consiguiente liquidación de bienes sociales, si fuera el caso, a los que el artículo 6 del reglamento ha agregado entre los anexos que la solicitud debe contener la declaración jurada respecto del último domicilio conyugal.

VII. CUESTIONES COLATERALES A SER DEFINIDAS POR ACTOS PREVIOS

La regla general que permite acceder a la competencia alternativa notarial o municipal en esta materia es que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o mayores incapaces de ejercicio, por excepción podrán acogerse a esta competencia aquellos cónyuges que teniéndolos hayan definido por actos previos, estos es por sentencia judicial firme o acta de conciliación, las convenciones relativas a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores o de curatela, alimentos y visitas respecto de los mayores con incapacidad; con relación a esas cuestiones colaterales es necesario efectuar algunas precisiones.

En lo relativo a la patria potestad se suele distinguir en doctrina la titularidad del ejercicio de la patria potestad, mas no existe distinción sustancial entre ejercicio de la patria potestad y tenencia, que se presentan como si se tratara de dos relaciones personales distintas que son enumeradas de manera separada; siendo el caso que la tenencia no difiere mayormente del ejercicio de la patria potestad, es simplemente uno de sus atributos, aquel de los padres que ejerce la patria potestad tiene el derecho de "tener" a sus hijos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuese necesario para recogerlos de donde estuvieren sin su permiso, según artículos 423 inciso 5) del Código Civil y 74 inciso e) del Código de los Niños y Adolescentes, de ese atributo de tenerlos en su compañía se deriva la tenencia.

Para atenuar la dura realidad que supone hijos menores con padres separados que no hacen vida de comunidad y la actitud negativa de aquel de los padres que tiene el ejercicio que lo utiliza como un instrumento de agresión, se ha propuesto como solución intermedia mantener el ejercicio compartido, que es poco práctico y difícilmente aplicable en los hechos, pues la convivencia de los padres es un factor decisivo que incide en la viabilidad del ejercicio compartido, el que no será posible si no existe convivencia de los padres, por lo que resulta puramente declarativo y sin ningún efecto práctico lo dispuesto en el artículo 76 del Código de los Niños y Adolescentes cuando señala que en los casos de separación convencional y divorcio ulterior ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad, pues mal podrá darse el ejercicio conjunto o mancomunado si de vivir los padres separados los hijos estarán al cuidado de uno de ellos por ser inevitable el desmembramiento de la guarda.

Si el ejercicio es compartido de manera declarativa, la tenencia, guarda o custodia, o como tenga que llamarse la figura respectiva, ella será atribuida a uno solo de los padres, no hay otra posibilidad, dada la incongruencia del ejercicio compartido de la patria potestad cuando los padres

están separados y que no existe diferencia sustancial entre ejercicio de la patria potestad y tenencia, en la copia certificada de la sentencia o del acuerdo conciliatorio que se presenten para acceder a la competencia alternativa notarial, será suficiente lo que en ellas se haya decidido o acordado ya sea sobre el ejercicio de la patria potestad o sobre la tenencia que se refieren al mismo punto; empero, si uno de los padres va a quedar con el ejercicio de la patria potestad suspendido, ello no implica que quede suspendido en la titularidad que es otro tema.

La diferencia entre titularidad y ejercicio no es de fácil distinción, la titularidad es un aspecto de derecho, un tanto estático, y que corresponde siempre a ambos padres, se refiere a la aptitud jurídica que se les reconoce tienen de velar por el cuidado y protección de sus hijos, de la cual normalmente no se desvinculan especialmente en cuanto a los deberes como el alimentario ante las vicisitudes por las que puede atravesar esta relación, mientras que el ejercicio es una cuestión de hecho, al aspecto fáctico, al carácter concreto y dinámico de la relación que muy difícilmente será compartido si los padres viven en domicilios separados, es por ello que en circunstancias normales habrá coincidencia entre titularidad y ejercicio actual de la patria potestad y en otros de excepción habrá titularidad pero con ejercicio suspendido.

Es decir, mientras la titularidad la mantienen ambos padres por tratarse de una cuestión de derecho, el ejercicio puede atribuirse a uno solo de los padres en los casos de disenso, quedando el otro suspendido en el ejercicio, y es debido a que la titularidad casi siempre es conservada por los padres, vivan juntos o separados, convivan con sus hijos o no, que en los casos en los que por sentencia judicial se otorga el ejercicio de la patria potestad o la tenencia a uno de los padres, este por decisión unilateral no puede gestionar en sede notarial la autorización notarial de viaje al exterior de su menor hijo, será exigible la concurrencia y autorización del otro padre pues sigue conservando la titularidad y por ende sujeto a las obligaciones emergentes como la de los alimentos y conservando algunos derechos residuales como el de visitas del que no puede ser privado por la sola decisión del otro.

De dirimirse el ejercicio de la patria potestad o la tenencia a favor de uno de los padres, el otro quedará suspendido en su ejercicio o sin la tenencia, pero como no se extingue su patria potestad o dicho de otro modo, se mantiene su titularidad hay ese derecho residual al trato o a la comunicación que deberá ser atendido, es decir en la misma sentencia o acuerdo conciliatorio deberá quedar establecido de manera forzosa y compensatoria un régimen de visitas a favor de aquel de los padres suspendido en el ejercicio o la tenencia, pues según artículo 422 de Código Civil, los padres tienen el derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias, el que se regula a través del régimen de visitas que se fijará de manera abierta o cerrada, respecto del cual el Notario no debe emitir ningún juicio de mérito.

En cuanto a los alimentos debidos a los hijos menores de edad o mayores incapaces de ejercicio, lo único que cabe es verificar que mediante acto previo se haya fijado su cuantía o porcentaje, por sentencia judicial o acuerdo conciliatorio, cuestión que como el relativo al ejercicio de la patria potestad, tenencia o visitas, son en todo caso esencialmente revisables cuando varien los factores de hecho que dieron lugar a su fijación inicial; no obstante, en el caso de alimentos entre los cónyuges, consideramos que no es necesario que exista determinación mediante acto previo, que puede ser objeto de acuerdo específico en la solicitud de separación de cuerpos convencional, por lo que se sugiere insertar dicha solicitud en el acta notarial que declare la separación convencional de los cónyuges, cuyo testimonio le permitirá al cónyuge alimentista acreditar en la instancia respectiva la existencia de la obligación alimentaria y caso de incumplimiento solicitar la ejecución de los bienes del obligado.

Finalmente, no deberá existir bienes sociales de la sociedad de gananciales susceptibles de liquidación, sea porque los cónyuges optaron por el régimen de separación de patrimonios que es

de excepción sujeto a declaración solemne mediante escritura pública e inscripción en el Registro Personal en la que no existe masa común de bienes susceptible de liquidación, o cuando habiendo optado por el régimen de sociedad de gananciales que tiene el carácter de general y principal, no exista simplemente bienes comunes según declaración jurada que anexarán los cónyuges solicitantes, o cuando habiéndolos, estos hayan sido previamente liquidados como consecuencia del acuerdo de sustitución de régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios.

Cabe mencionar que la liquidación de bienes gananciales puede efectuarse sin que necesariamente se haya efectuado la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios, que es una de las modalidades de sustitución denominada sustitución convencional, mas no la única, ya que se admite el cambio de régimen también por decisión judicial a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades de administración que le corresponden o actúa con dolo o culpa según artículo 329 del Código Civil o por declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario para la declaratoria de insolvencia del cónyuge deudor, conforme al artículo 330 del Código Civil.

VIII. EL PROCEDIMIENTO EN SEDE NOTARIAL

En principio, respecto a la función y atribuciones del Notario en este procedimiento, debemos señalar que aparte de las generales que le compete, de identificar a las partes, verificar su capacidad de ejercicio, instruirlos acerca del contenido del documento y de los efectos de su declaración, que están previstos en la Ley del Notariado, su función es relativamente pasiva, no se le ha asignado la obligación de intentar la conciliación o reconciliación de los cónyuges, aunque nada le impide que por razón de principios de propia iniciativa pueda efectuar esa invitación y hacer constar en acta que la misma no fue acogida; luego de efectuado el control de legalidad y de cumplimiento de requisitos que lo hará de manera objetiva, su función está prevista como meramente declarativa, se limitará a homologar la declaración de voluntad de los cónyuges de separarse de cuerpos por convenio con miras a su ulterior divorcio.

Igualmente, en cuanto a los aspectos colaterales sobre las relaciones personales de los padres con sus hijos menores o mayores incapaces, si los hubiere, el Notario carece de competencia para efectuar un control de equidad o de justicia de lo resuelto en sede judicial o de los acuerdos conciliatorios relativos a la patria potestad, alimentos, tenencia, y visitas, o del ejercicio de la curatela en su caso; el Notario no efectúa un juicio de mérito de esas decisiones o convenciones, y no puede en base a esa actividad valorativa que no se le ha otorgado tratar de solucionar las presuntas inequidades promoviendo su rectificación o mejora de las condiciones que pueda juzgar como injustas o lesivas, acaso únicamente abstenerse de intervenir; no tiene facultades para reexaminar esos asuntos recabando la opinión del Fiscal como se permite en la ley cubana sobre la materia o con intervención del Defensor de Familia como lo autoriza la legislación colombiana.

Luego de verificado objetivamente el cumplimiento de los requisitos dentro del plazo de cinco días de presentada la solicitud, el Notario fija fecha, convoca y realiza la audiencia única en el plazo de quince días, plazo que se computa por días hábiles, el que consideramos referencial siendo factible interpretar que la audiencia puede efectuarse dentro de ese plazo, coordinando la disponibilidad de los cónyuges con la agenda del Notario, en la que los cónyuges pueden manifestar o no su voluntad de ratificarse en la solicitud de separación convencional; en caso de inasistencia de uno o ambos cónyuges por causas debidamente justificadas, se convoca a una nueva audiencia dentro de un plazo no mayor de quince días, de no ratificarse uno o ambos cónyuges en su voluntad de separarse o inasistir una o ambas partes se da por concluido el procedimiento, dejándose constancia en acta; de ratificarse los cónyuges en su determinación el Notario declara la separación por acta notarial, disponiendo la remisión de los partes respectivos al Registro Personal, por tratarse de acto inscribible

según artículo 2030 inciso 6) del Código Civil. Dado el pragmatismo de los Notarios y pese a la naturaleza del instrumento es previsible que el mismo se extienda y autorice con la intervención conjunta de ambos cónyuges, por ser relevante la declaración de voluntad de estos en decisión conjunta que será homologada por el Notario.

En este último aspecto se advierte una diferencia respecto al trámite judicial en la que los cónyuges según artículo 578 del Código Procesal Civil disponen de un plazo de 30 días naturales posteriores a la audiencia, para revocar su decisión; a mi juicio hubiera sido deseable que se mantenga ese plazo para la posible retractación para mantener la simetría con el procedimiento judicial, pero entendemos que ese plazo para la posible revocación ha sido suprimido por las distorsiones advertidas en su uso, como mecanismo para replantear nuevos términos al convenio de separación con fines especulativos de carácter económico, la que se excluye bajo la premisa de que al solicitar la separación por presentación conjunta y ratificar esta determinación ante el Notario ya los cónyuges expresan una decisión seria y meditada.

Con respecto a la forma del instrumento a ser extendido, hubiese sido deseable la forma de la escritura pública que es la que mejor se ajusta a la naturaleza del acto de separación de cuerpos convencional en el cual es relevante la declaración de voluntad de los cónyuges, como ocurre con la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio cuya decisión de constituir esta filiación de carácter civil se formaliza mediante escritura pública, pero el legislador ha elegido sin mayor razón aparente que la protocolización de este procedimiento no contencioso se efectúe mediante acta notarial al menos en su primera etapa de la separación de cuerpos, y no queda más que cumplir con esa forma legalmente establecida, pero nada impide que pueda extenderse ese tipo de instrumentos con intervención de los solicitantes por la importancia de su declaración de voluntad, como ocurre también con las actas notariales de transferencia vehicular, y que en los mismos podamos efectuar algunos insertos como el de la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior bajo cuyos términos se autoriza la separación, así como el acta de la audiencia única en la que los cónyuges ratifican la determinación que expresaron en su solicitud.

Transcurridos dos meses de emitida el acta notarial, cualquiera de los cónyuges o ambos podrá solicitar al Notario la disolución del vínculo matrimonial, mediante escrito que tendrá el carácter de minuta según el artículo 13 del Reglamento de la Ley, extendiéndose acta notarial de ratificación de esa decisión de disolución del vínculo en un plazo no mayor de 15 días, elevando luego la solicitud a escritura pública con el inserto de las actas notariales respectivas; cabe resaltar que no se modifica el plazo de dos meses de resuelta la separación para que se produzca la conversión de esa separación a divorcio, resulta entonces una caricaturización interesada en descalificar la competencia alternativa establecida calificándola como una modalidad de "divorcio al paso", "divorcio fácil" o "divorcio express", como si se tratara de un divorcio rápido o instantáneo y no de un procedimiento aunque breve; el plazo de conversión es el mismo que ya existe en el Código Civil, lo único que va a ocurrir que el procedimiento con las seguridades del caso se va a tramitar en tiempo oportuno, que los plazos van a ser cumplidos, que no se van a extender indefinidamente.

Respecto a la forma del instrumento notarial a ser extendido para protocolizar la segunda etapa, del divorcio ulterior, la ley en su artículo 7 no señala una forma determinada y esta omisión ha tratado de ser especificada por el artículo 12 del Reglamento, pero con una solución poco feliz, que a mi juicio es una de las más confusas y discutibles, es de lamentar que en un aspecto de aplicación práctica la norma reglamentaria no haya sido nada clara, y es que para un mismo acto, la declaración de la disolución del vínculo matrimonial que es puntual, disponer extender primero un acta notarial y luego una escritura pública, que no solo se trata de dos instrumentos protocolares que tienen distinta configuración sino que carece de todo sentido que para un mismo acto, el de la disolución del vínculo, se extiendan dos instrumentos protocolares, y que en el segundo de ellos, la escritura

pública, se disponga insertar actas notariales a las que se refiere el artículo 12 como si se tratara de pluralidad de actas notariales y no una sola con la que se formaliza la primera etapa de separación de cuerpos.

Muchas veces las normas reglamentarias en vez de facilitar la aplicación de una ley la dificultan y confunden, y esta es una clara muestra de ellas, pero dentro de imperfección normativa y confusión generada debemos encontrar un sentido a las cosas, como es ciertamente absurdo que puedan extenderse dos instrumentos protocolares respecto al mismo acto, el de la disolución del vínculo, debe optarse por uno de ellos, y la que más se ajusta a la naturaleza del acto que se tiende a formalizar que es la declaración de voluntad de uno de los cónyuges o de ambos, la más idónea es sin duda la escritura pública más aún cuando la solicitud de disolución tendrá el carácter de una minuta que constituirá el cuerpo de la escritura; y el acta notarial a ser extendida en el plazo no mayor de 5 días tendrá que ser un acta simple en la que el solicitante ratifique su decisión de disolver el vínculo ante el Notario, la que se insertará en la escritura pública así como el acta notarial que como instrumento protocolar haya declarado la separación convencional.

IX. LA COMPETENCIA MUNICIPAL

No somos opuestos a la competencia alternativa municipal, enhorabuena si logran implementar este servicio, lo que empero no nos inhibe de adelantar nuestras reservas acerca de que ella llegue a tener vigencia social, ya que el Alcalde no es necesariamente un profesional del derecho versado en esta materia, su preocupación natural está centrada en el funcionamiento de los servicios públicos vecinales tales como el transporte, pistas y veredas, parques y jardines, el desarrollo urbanístico de su localidad, administrar bienes y rentas de la municipalidad, etc., no tendrán pues tiempo ni humor para atender relaciones privadas de parejas desavenidas, para distraer parte de sus escasos recursos presupuestales para asumir esta competencia que no han solicitado, es previsible que no harán mayor esfuerzo para obtener el certificado de acreditación a serles otorgada por el Ministerio de Justicia.

La propia reacción que han tenido frente al proyecto es expresiva de su desinterés, la Municipalidad Metropolitana de Lima al ser consultada sobre el proyecto ha emitido una opinión desfavorable a asumir esa competencia, algunos Alcaldes confesionales como los Distritos de San Miguel y San Isidro han manifestado su desacuerdo aduciendo razones principistas, otros no han expresado mayor disposición alegando no haber sido consultados, el único que se manifestó favorablemente a asumir esa competencia ha sido el Alcalde del Distrito de La Victoria, pero ha tenido la honestidad de reconocer algo evidente, que deberán afrontar un problema de implementación ya que no cuentan con personal profesional especializado y de infraestructura que les permita ocuparse del tema.

Este último Alcalde Distrital ha declarado también que ellos intervienen en la celebración de matrimonios y que por tanto tienen obvia vinculación para autorizar su separación y disolución, descalificando a los Notarios que no tendrían ninguna relación con el matrimonio, pero todos saben por experiencia propia que los Alcaldes acaso por sus múltiples funciones no son quienes celebran los matrimonios, delegan esa facultad a otros funcionarios de menor rango, salvo que se trate de personajes famosos o matrimonios masivos, esperemos que esta vez si intervengan personalmente en beneficio de los vecinos de sus Distritos o Provincias aunque no les sea rentable políticamente, mientras que los Notarios a diferencia de los Alcaldes que son mayormente políticos, somos profesionales del derecho, depositarios de la fe pública, preparados para identificar a los comparecientes, para verificar su capacidad de ejercicio, que proceden con libertad y conocimiento de lo que se obligan, de instruirles sobre el contenido del documento y de los efectos de su declaración, de tomarlos

de manera presencial sus firmas y sus huellas digitales, ya que es parte de nuestra función dotar de certeza y seguridad jurídica a los actos que ante nosotros se celebran.

X. VIGENCIA DE LA LEY Y LA DE SU REGLAMENTACIÓN

La norma legal en comentario entró en vigencia el 17 de Mayo del 2008, día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, y siendo de aplicación inmediata los interesados ya podían haber acudido a la competencia alternativa notarial de considerarla conveniente, mas no podían presentar su solicitud ante los Alcaldes Provinciales y Distritales, pues la Única Disposición Final de la Ley 29227 señalaba la necesidad de su previa reglamentación en cuanto alude a ella que es el artículo 8 que se refiere al certificado de acreditación que ser otorgado por el Ministerio de Justicia a las municipalidades que cumplan con las exigencias reguladas en el Reglamento, sin el cual no están facultados a intervenir; los Notarios en cambio no requerimos certificado de acreditación, pues ya contamos con la calificación, la infraestructura, los registros protocolares y el marco normativo para conocer de este procedimiento no contencioso.

Para la competencia notarial la ley ya estaba vigente, es autocapitativa y no requería reglamentación o norma de desarrollo, no lo estaba en cambio para las municipalidades que para conocer de estos procedimientos deben obtener previamente un certificado de acreditación siempre que cumplan con las exigencias que establezca el Reglamento, había en la ley un tratamiento diferenciado que es explicable, el Notariado está ya organizado para atender este tipo de trámites, cuenta con su marco normativo, la Ley 26662 de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos y la Ley del Notariado que rige nuestra actuación, las municipalidades en cambio no cuentan con personal calificado, procedimientos, registros y marco normativo para atender este trámite administrativo que será novedoso para ellos.

Sin embargo el Reglamento de la ley, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2008-JUS de 12 de Junio del 2008, si bien no llega a transgredir ni desnaturalizar la ley, su redacción poco feliz no le permite cumplir la finalidad de una norma de esta naturaleza que es la de facilitar el cumplimiento de la ley, el de permitir su aplicación en forma práctica, pues en algunos aspectos crea confusiones innecesarias, uno de ellos es el relativo al de la vigencia de la norma legal, pues la ley era de aplicación inmediata dado que ella misma no establecía una *vocatio legis*, excepto la condición de su previa reglamentación para el caso de las municipalidades, pero al haberse incorporado dentro del Reglamento aspectos relativos a la actuación notarial y establecer que el procedimiento entrará en vigencia al "trigésimo día siguiente a su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", ha diferido la aplicación ya no de la ley sino del procedimiento en sí a partir del 30 de julio del 2008, día hábil siguiente al del cumplimiento del plazo de 30 días, por lo actuando con pragmatismo y no existiendo razón alguna para tomar decisiones apresuradas el procedimiento tendría que empezar a aplicarse a partir de la fecha señalada.

Finalmente debemos expresar que la tramitación regular de este procedimiento está garantizada en sede notarial, pues el Notario cuenta con un perfil similar al de un Juez pues al igual que este es un profesional del derecho según artículo 2 de la Ley del Notariado, desempeña una función pública que atañe a la seguridad jurídica y al interés general, accede a este cargo luego de someterse a rigurosas pruebas de selección en concursos públicos, se nos exige los estándares más elevados de moralidad e imparcialidad, nuestra actuación es supervisada por el Colegio profesional y el Consejo del Notariado, y respondemos de manera personal, funcional, civil y hasta penalmente por cualquier irregularidad que podamos cometer en el desempeño de nuestra función, en sede notarial está garantizada la correcta y oportuna tramitación de este nuevo procedimiento no contencioso, que la norma legal comentada se aplicará con responsabilidad, ese es nuestro compromiso.