

II. DERECHO PRIVADO

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO ANTE NOTARIO EN EL NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA DE NICARAGUA: LA FÁBULA DE LA ZORRA Y EL CANGREJO DE MAR

Por D. LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular y Principal de Derecho Notarial
Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana
Notario

Resumen

La atribución del divorcio por mutuo consentimiento al notario, según la formulación del nuevo Código de Familia de Nicaragua supone para este retos. El divorcio, aun cuando sea por mutuo consentimiento, lleva consigo una ruptura o frustración del proyecto de vida, en tanto que la familia es uno de los componentes esenciales en la vida de todo ser humano. El notariado en Nicaragua necesita nuevos horizontes, y la confianza que se le atribuye por el Estado en esta ocasión debe encararla con el decoro y la dignidad que caracterizan a la profesión. El reto está precisamente en saber encauzar con tino, proporcionalidad y sentido de lo justo, los principios de la función notarial, en el ámbito del Derecho familiar.

Abstract

The attribution of the divorce for mutual assent to the notary, according to the formulation of the new Code of Family of Nicaragua he supposes for this one challenges. The divorce, even if it is for mutual assent, ride I obtain a break or frustration of the project of life, while the family is one of the essential components in the life of every human being. The notary in Nicaragua needs new horizons, and the confidence that assumes him for the State in this occasion must face her with the propriety and the dignity that they characterize to the profession. The challenge is precisely in being able to channel with tact, proportionality and sense of the just thing, the beginning of the notarial function, in the area of the familiar Law.

SUMARIO

- I. SOCIEDAD, NOTARIADO Y FAMILIA EN LA REALIDAD JURÍDICA NICARAGÜENSE
- II. EL NOTARIO EN LAS CLAVES DEL FLAMANTE CÓDIGO DE FAMILIA DE NICARAGUA
- III. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN SEDE NOTARIAL. PRESUPUESTOS LEGALES
 - A) COMPETENCIA DEL NOTARIO: EL REQUISITO DE LOS DIEZ AÑOS DE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN NOTARIAL. DISTINCIÓN DEL QUE A TALES FINES TAMBIÉN SE EXIGE EN MATERIA DE MATRIMONIO: ¿ACASO UNA ASIMETRÍA?
 - B) LA SOLICITUD DEL DIVORCIO. FORMALIDADES. REPRESENTACIÓN
 - C) DOCUMENTOS A APORTAR
 1. **Cédula de identidad de cada uno de los comparecientes (ya lo sean por sí, o por representación, o como asistentes de una persona a la que se complementa el ejercicio de su capacidad jurídica)**
 2. **Certificado del acta de matrimonio**
 3. **Certificación de negativa de hijos e hijas**
 4. **Certificación de negativa de bienes**
 - D) LA ESCRITURA PÚBLICA COMO RESERVORIO INSTRUMENTAL DEL DIVORCIO. CONTENIDO
 - E) LA INSCRIPCIÓN DE LA COPIA O TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS Y EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A INSTANCIA DE LOS INTERESADOS: LOS VAIVENES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL
 - F) LA FORMACIÓN DE UN PROTOCOLO *AD HOC* PARA EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO: ¿ACASO SE HACE NECESARIO?
- IV. EL NOTARIADO NICARAGÜENSE ANTE EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA FÁBULA DE LA ZORRA Y EL CANGREJO DE MAR

«... la educación del Notario debe de ser la precisa para ser un buen artesano del derecho en nuestra tarea, es decir, en aquél aspecto del arte de lo justo que constituye nuestra función de traducción y configuración jurídicas. En consecuencia, todo Notario, en cuanto tal, debe de conocer las leyes de la naturaleza y las leyes humanas».

Juan B. Vallet de Goytisolo

I. SOCIEDAD, NOTARIADO Y FAMILIA EN LA REALIDAD JURÍDICA NICARAGÜENSE

En los últimos años asistimos a un proceso acelerado de nacimiento de nuevos tipos de familia que hoy son bautizados con los más disímiles términos, algunos ya recepcionados en el Derecho. Se habla así de familia nuclear, extendida, monoparental, homoparental, ensamblada o reconstituida, solo para citar alguno de los tipos familiares a los que les ha dedicado atención la sociología, las estadísticas, la demografía, la psicología y, por supuesto, quizás en menor proporción, el Derecho.

El Derecho de familia asiste a un proceso de cambios que va desde sus cimientos. Tradicionalmente el notario, como principal cronista social desde el prisma del Derecho, ha estado vinculado con la familia, consejero por excelencia, asesor insustituible de la empresa familiar, de los reconocimientos de hijos¹, redactor de últimas voluntades, de capitulaciones matrimoniales y confesor de las interioridades y secretos de familias. La familia y el notariado nunca han estado distantes. Por tradición, también cada familia ha escogido un notario

¹ La labor de asesoramiento del notario es tan vital, como la sangre al cuerpo. Este momento es *previo* (o, incluso, independiente) de la labor de redacción y, por supuesto, de la dación de fe. Refiriéndose a él, Cuevas Castaño expresa que el asesoramiento es «Es *posterior* (al menos por hipótesis) a la tarea de oír y de indagar y de formar la voluntad de quienes usan de nosotros. Es, para mí, el momento culminante, pleno, de nuestra actividad. Yo os confieso, aun a riesgo de excomunión corporativa, que me siento mucho más Notario aconsejando que autorizando un documento». Vid. José Javier CUEVAS CASTAÑO, «Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento», *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado español, n.º 137, julio-diciembre 1987, pág. 229. Entiéndase que en la expresión del autor, este utiliza el asesoramiento en un sentido amplio, comprensivo de distintos niveles que incluye informar, asesorar, aconsejar y asistir.

Para Vallet de Goytisolo, esta función de asesoramiento se expresa en el *respondere*, o sea, «resolver las dudas, dictaminar sobre las materias dudosas y aconsejar los caminos más adecuados para dar solución jurídica satisfactoria a las finalidades lícitas que se pretende llenar con el negocio jurídico que se emprende». Vid. Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La función notarial», *Revista de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado español, n.º 124, abril-junio 1984, pág. 317.

de su confianza, y en él ha depositado, mejor que en la más segura caja de caudales, esos secretos confesados, tan solo ante el párroco y el notario, en ambos casos en razón de la fe, en el primero, religiosa, en el segundo, pública por excelencia. Como bellamente dijera Carnelutti: «Los hombres, frecuentemente, son más locos de los que la brújula sea ciertas veces, porque, mientras no navegan, viven sin mirar las estrellas; y no piensan que la vida es un viaje y sería absurdo que al final se encontrasen donde han partido, esto es, que venidos de la nada, a la nada volvieresen», por ello «...el Notario, si quiere verdaderamente ayudarlos a negociar, que es a su vez un navegar, debe conocer no sólo los caminos de la tierra, sino los del cielo»². Y en ese largo peregrinar de los hombres y de las familias que constituyen en sus vidas, el notario ha acompañado como la sombra al cuerpo cada acto, cada acción, cada hecho, protagonizados por sus congéneres.

En los últimos tiempos los avatares de la familia son diferentes, si bien la esencia sigue siendo la misma, la tecnología, la genética, la trasplantología, la bioquímica y las ciencias médicas, entre otras, han impulsado y oxigenado el Derecho familiar. Como expresa Lorenzetti «El derecho de familia (...) ha cambiado sustancialmente al dejar de exportar principios y normas a otros ámbitos de la realidad que pretende regular, para transformarse en un importador de reglas exportadas de otras ciencias»³. Y ello también ha supuesto un reto para el notariado. Este nuevo Derecho de familia tiende a ser menos rígido, más a tono con los tratados internacionales, más constitucionalizado. El matrimonio deja de ser la piedra angular de formación de la familia, para ser una más de las fuentes, pero no la única. En igual orden, las tendencias que ofrecen las estadísticas nos ilustran un nivel de ascenso de los divorcios, con o sin hijos, lo cual se va extendiendo aritmética y geoméricamente por todo el continente, de lo que no escapa Nicaragua. Por ello en los últimos años los congresos internacionales de la Unión Internacional del Notariado o las propias jornadas iberoamericanas han propuesto como temas la competencia del notario en asuntos de Derecho de familia, entre ellos, el divorcio, el XXVII Congreso de la Unión, celebrado recientemente en Lima, Perú (9-12 de octubre de 2013), dejó planteada en la cuarta de las conclusiones del tema I, que «el desarrollo reciente del Derecho de Familia en ciertos países pone bien a las claras el interés de extender el documento notarial en otros dominios (como sería el régimen primario de celebración y disolución del matrimonio). La eficacia jurídica de la intervención del notario depende fundamentalmente del momento y de la

² FRANCESCO CARNELUTTI, «La figura jurídica del Notariado», conferencia pronunciada en la Academia matritense del notariado, el 17 de mayo de 1950, en Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo (dirs.), *Lecturas esenciales de Derecho notarial*, serie 1, Lima, Gaceta Notarial, 2011, pág. 150.

³ Ricardo Luis LORENZETTI, «Prólogo» al libro del profesor Yuri Vega Mere, *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*, 3.^a edición, aumentada y actualizada, Lima, Motivensa, Editora jurídica, 2009, pág. 13.

complejidad de las soluciones propuestas a las familias: debe intervenir cuanto antes y proporcionar una solución completa. Asimismo, hay que poner de manifiesto el natural papel conciliador que el notario desempeña. Está capacitado para proporcionar una asistencia jurídica completa a las familias en peligro, especialmente a través del marco de la mediación». Un año antes, la XV Jornada Notarial Iberoamericana, que tuvo lugar en Madrid, España, del 28 al 31 de mayo de 2012, en la primera de las recomendaciones del tema III, concerniente a los retos del notariado en el Derecho de persona, familia y sucesiones exhortó a «(q)ue los países de Iberoamérica promuevan en sus respectivas legislaciones disposiciones por las que se dé intervención al notario en asuntos referidos al matrimonio y uniones de hecho; celebración, comprobación y autenticación de hechos; acuerdo sobre el régimen de bienes y sus consecuentes modificaciones; liquidación de la sociedad conyugal o de comunidad de bienes; divorcio y cesación de la convivencia, en cuanto no sean contenciosos», particular que ha sido seguido *ad pedem literæ* por el Derecho nicaragüense con la aprobación del vigente Código de Familia.

Ahora bien, de lo que no estoy tan seguro es que el notariado nicaragüense esté preparado para asumir este importante reto que se le avecina. A mi juicio el notariado de Nicaragua está en deuda con la sociedad. Para la propia Corte Suprema de Justicia de Nicaragua «*El notario (...) no es un simple hacedor de escrituras, sino un alto funcionario perteneciente a la institución del Notariado, en quien las leyes depositan la "fe pública", para garantía, seguridad y perpetua constancia de los contratos y demás actos para los que están autorizados por la ley*» (Sentencia de las 10:30 a.m. de 5 de febrero de 1990, *B.J.* pág. 17, Cons. III), empero, este pronunciamiento del Alto foro no condice con el reconocimiento social y público de la institución. La quiebra de valores, la desconfianza pública, el desmerecimiento de los medios de comunicación, el descontrol de la función notarial, la carencia de un gremio notarial, la inexistencia de un arancel notarial que sea un resorte para evitar la competencia desleal, la ausencia de principios éticos o códigos de éticas de la profesión, la inexistencia de la notaría como espacio físico en que se ejerce la función notarial, el fácil acceso al ejercicio del notariado, sin examen de oposición alguno, la ineficiente formación pregraduada, la nula formación postgraduada, las antinomias existentes en los cuerpos normativos reguladores del notariado, representativos por demás de las más diferentes épocas históricas y gobiernos con las más disímil filiación política, la carencia de un claustro profesoral de excelencia en las distintas universidades del país que fomenten el estudio y la investigación de los temas notariales, la no representación del notariado del país en la Unión Internacional del Notariado y sus diferentes instancias, constituyen un balance del estado de arte del notariado en Nicaragua.

En este estado es que se le atribuyen nuevas competencias al notario nicaragüense en los fértiles terrenos del Derecho de familia. De cómo lo encare y las encauce, está el destino no solo del notariado como institución pública y social, sino también el de la propia sociedad nicaragüense, que una vez más

ha apostado por la figura del notario para encarar nuevos derroteros⁴. No se olvide que como ha dicho algún autor «La sociedad ve en el Notario al hombre honrado y no hace distinciones entre el profesional, el funcionario y el hombre que está dentro»⁵.

II. EL NOTARIO EN LAS CLAVES DEL FLAMANTE CÓDIGO DE FAMILIA DE NICARAGUA

Aun cuando una de las novedades más significativas del nuevo Código de Familia de Nicaragua (Ley n.º 870 de 24 de junio de 2014) es el conocimiento en sede notarial del divorcio por mutuo consentimiento, la atribución de competencias en el entorno familiar se extiende a la instrumentación por escritura pública de la declaración de la unión de hecho estable (art. 84), la disolución de dicha unión de hecho estable, por mutuo consentimiento, con similares requisitos y presupuestos que los exigidos para el divorcio de igual naturaleza, salvo la existencia previa de un matrimonio, en este caso, sustituido por una unión de hecho estable, instrumentada previamente por declaración, ante notario, o reconocida judicialmente (art. 92)⁶; la constitución de la vivienda familiar (arts. 93, 97), además del matrimonio, lo cual se ratifica en el art. 62. Sin dudas el panorama resulta alentador para un notariado que deberá enfrentar este desafío con un cambio de mentalidad y de aptitud profesional hacia un sector del Derecho, baluarte por excelencia de la seguridad jurídica preventiva. El notariado de Nicaragua tendrá que sumergirse en las sensibles aguas del Derecho de familia, el menos jurídico de los sectores del Derecho y apropiarse de un lenguaje, no solo jurídico, sino también multi y transdisciplinario por la compleja naturaleza que tiene la institución de la familia, para la cual el Derecho no solo se vale de sus herramientas técnicas, expresadas esencialmente en la coercibilidad de las normas. La realización del Derecho en el ámbito de la familia supone un conjunto de circunstancias que convergen con distintos enfoques y prismas, de modo que todas deben coadyuvar en pos de la protección del mejor interés de los menores, y también, y por qué no, de la familia. Este lenguaje debe ser aprehendido por el notariado, en tal orden que prevalezca la labor de conciliación⁷,

⁴ Tómese en consideración la experiencia vivida en otros ordenamientos jurídicos. *Vid.* al respecto mi trabajo, «Un “fantasma” recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo ante notario», *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, tomo 183, febrero 2009, págs. 345-361 y en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 43, abril-junio 2009, Madrid, págs. 273-307.

⁵ J. J. CUEVAS CASTAÑO, «Aspectos éticos y jurídicos...», *op. cit.*, pág. 244.

⁶ Incluido el gazapo de expresar el legislador que el notario disuelve la unión de hecho estable, cuando ello es de atribución exclusiva de los miembros de dicha unión, lo que igualmente se supera, cuando, a continuación en el propio párrafo tercero del art. 92, *in fine*, se establece: «debiendo consignar dicho acuerdo en la escritura pública respectiva», de lo cual se colige que el notario no hace sino instrumentar por escritura pública, previo asesoramiento legal, el acuerdo de los miembros de la unión de hecho estable, de dar por extinguida esta.

⁷ Explica Rodríguez Adrados que «El Notario, como “Profesor de Derecho” según la antigua terminología española, explica a los comparecientes la normativa aplicable, y deshace sus errores y sus

asesoramiento y consejo⁸, sin desdorar la función legitimadora y formal que también le es dada en razón de su profesión. Pero para ello es necesario un esfuerzo de las instituciones universitarias, quienes deberán repensar y redefinir el *pensum* académico de cara a la formación de profesionales del Derecho, especializados en Derecho notarial, teniendo en cuenta que en el país la mayoría de los juristas pueden ejercer el notariado; de la Corte Suprema de Justicia, en su labor de control del ejercicio de la función notarial y en pos del perfeccionamiento y reformulación del sistema de acceso al notariado; y sin dudas, el mayor tesón ha de ser puesto por el cuerpo notarial, quien está moral y técnicamente comprometido con la sociedad, que confía en su pericia y en su probidad ética.

III. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN SEDE NOTARIAL. PRESUPUESTOS LEGALES

El nuevo Código de Familia de Nicaragua apuesta por la regulación del divorcio por mutuo consentimiento en sede notarial⁹. El legislador confió en la actuación del notario para trasladar a su conocimiento, lo que tradicionalmente en este país era de estricta competencia judicial, aun cuando existiera mutuo consentimiento entre los cónyuges¹⁰.

Sin embargo, en esa apuesta del legislador, le puede ir su credibilidad, porque se convierte Nicaragua en el primer país del continente en atribuírsele competencia a un notariado *numerus apertus* para conocer del divorcio por mutuo

equívocos, de manera que su consentimiento pueda surgir de un conocimiento pleno; contribuye a la *integración* de la voluntad incompleta de las partes y, para ello, desarrolla funciones de clarificación de las distintas posiciones, de indicación de lagunas, de señalamiento de convergencias y de divergencias, actuales o posibles en lo futuro; funciones de sugerencia, de propuesta o de mera exposición de posibilidades para el logro de aquella integración y del perfecto consenso de las partes; funciones también de *conciliador*, e incluso de *árbitro*, cuyos pareceres suelen ser aceptados precisamente porque vienen de persona que no ha sido impuesta –como **es impuesto el funcionario** “competente”–, **sino que ha sido** libremente elegida, y que ha hecho hábito de sus deberes de imparcialidad, de equidad, de ecuanimidad; *previene* de los peligros que pueden presentarse y de los acontecimientos que pueden interferirse, y señala los medios jurídicos de obviarlos en la medida de lo posible (...): siempre hombre de experiencia; de buena fe, jurista práctico (...).» *Vid.* Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, «El notario: función privada y función pública: su inescindibilidad», *Revista de Derecho Notarial*, Colegios notariales de España, n.º 107, enero-marzo 1980, pág. 285.

⁸ Nos da cuenta J. J. CUEVAS CASTAÑO, «Aspectos éticos y jurídicos...», *op. cit.*, pág. 231, que en sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de diciembre de 1927, se deja dicho que «*el Notario no sólo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino el profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero prudente de los individuos y de las familias*».

⁹ Como expresa el profesor peruano Vega Mere, «Parece pues que la agilización de los procedimientos y su menor costo estaría conduciendo a los protagonistas de una crisis matrimonial a pensar en que es menos dramático y menos penoso optar por la vía del diálogo para no agigantar la tragedia que deriva de un fracaso nupcial porque, aun cuando no se me pueda decir lo contrario, el divorcio siempre es un final indeseado y no esperado por quienes contraen matrimonio y (...) produce, en no pocos casos, pobreza y mayor dolor que es mejor mitigar o superar». *Vid.* Y. VEGA MERE, *Las nuevas fronteras...*, *op. cit.*, pág. 241.

¹⁰ *Vid.* arts. del 174 al 184 del Código Civil de Nicaragua.

consentimiento –como lo denomina el legislador–, y ello decididamente supone poner en marcha la imaginación de cualquier espectador jurídico –como en el caso es quien escribe–, por los posibles efectos que pueda tener en detrimento de la seguridad jurídica, cuando antes debió haberse reformado *in integrum* la manera en que se concibe el ejercicio de la función notarial en este país centroamericano. La Ley del notariado de Nicaragua de 1906 urge de una reforma que estremezca sus propios cimientos, ello sin contar la necesidad de un gremio notarial que organice el ejercicio mismo de la función pública notarial y a la vez realce la figura del notario, con los valores éticos y profesionales que ella lleva insito.

Supone para el notario nicaragüense el conocimiento del divorcio por mutuo consentimiento un verdadero reto, como antes lo constituyó el matrimonio, atribuido por el art. 1 de la Ley n.º 139 de 12 de diciembre de 1991, publicada en *La Gaceta*, n.º 36, de 24 de febrero de 1992, Ley que le dio mayor utilidad al notariado. Ello, sin olvidar que no es lo mismo autorizar un matrimonio, que un divorcio por los efectos que este contiene no solo para los cónyuges, sino también para terceros, aun cuando el divorcio regulado en el Código de Familia de Nicaragua no prevé los supuestos de descendencia procreada, en estado de minoridad, o de incapacitación judicial en el caso de hijos mayores de edad.

Cabe apuntar entonces que el codificador nicaragüense exige como presupuestos para que el notario conozca del divorcio:

1. La inexistencia de hijos menores de edad, o mayores de edad, judicialmente incapacitados, según puedo colegir, si bien la expresión utilizada en la norma –a mi juicio impropia–, es la de **niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad**. Ello, en el entendido de que los adolescentes, según el art. 21 a) del propio cuerpo legal son aquellas personas «*comprendidas de los trece años cumplidos a los dieciocho años no cumplidos*», por lo cual en la expresión niños, niñas y adolescentes se entenderán incluidos todos aquellos comprendidos en estado de minoridad, pues al concebirse adolescentes a los menores entre los 13 y 18 años, por exclusión ha de entenderse como niños y niñas, los menores de 13 años de edad, de uno y otro sexo. Mucho más polémica es la expresión «*personas con discapacidad*». La discapacidad por sí sola no es motivo suficiente para una especial protección del Derecho. Cuestión disímil es que la persona con discapacidad sea declarada judicialmente incapacitada, o que la discapacidad que se tenga, impida a la persona valerse por sí misma, expresión más esclarecedora, empleada por el legislador en el art. 163 para hacer referencia a los requisitos exigidos en el escrito de demanda del divorcio por mutuo consentimiento en sede judicial, entre los cuales se ubica el acuerdo de los progenitores sobre «*El cuidado y crianza de los hijos e hijas que sean niños, niñas y adolescentes; de las personas declaradas judicialmente incapaces y de las personas con discapacidad que no puedan valerse por sí mismas*». En tal orden, cabe aclarar que una cuestión es

que la discapacidad sea motivo de especial pronunciamiento en el divorcio de los progenitores, aunque el hijo con discapacidad, sea mayor de edad, y otra, que el hijo tenga una discapacidad que por su grado, no lleve a la necesidad de un pronunciamiento jurídico en el divorcio de los progenitores. De lo que explico, cabe inducir que en materia de divorcio en sede notarial, a lo que el codificador se refiere es que para que un notario pueda autorizar la escritura pública de divorcio, se requiere que no existan hijos, que aún mayores de edad, requieran para valerse el apoyo esencial de sus progenitores, supuesto en el cual el divorcio será resuelto en sede judicial. De modo que, si al solicitar el divorcio en vía notarial, los cónyuges tienen hijos mayores de edad con discapacidad, si la entidad de la discapacidad no altera el normal desenvolvimiento del hijo, mayor de edad, nada empece para que el notario competente pueda autorizar la escritura pública de divorcio de sus progenitores.

2. La inexistencia de bienes comunes, en el caso de que el régimen patrimonial del matrimonio adoptado sea el de la comunidad de bienes (arts. 106 c) y 119 y ss. del Código de Familia), o, de existir bienes comunes, haya recaído previo acuerdo de los cónyuges respecto de la liquidación de éstos («distribución y uso» son los términos utilizados por el legislador en el art. 160), de modo que si existiere litis al respecto, el notario ha de abstenerse de actuar, según el imperio del propio precepto, instruyendo a los interesados del deber de acudir a la vía judicial. Extremo que resulta contradictorio, pues en la escritura de divorcio pudiera instrumentarse el acuerdo de los cónyuges de poner fin a través del divorcio al matrimonio hasta ese momento existente, derivando para una actuación posterior lo relativo al destino a la comunidad de bienes, extinguida pero aun no liquidada. Nada impide que un divorcio instrumentado en sede notarial, pueda en vía judicial determinar el destino del patrimonio marital, en proceso de liquidación, aun no operada por desacuerdo entre los ex cónyuges, resuelta en vía distinta a la del divorcio ante notario. Así, en el Derecho cubano, solo a modo de ejemplo, ello es posible (se colige del art. 4.3 del Reglamento del Decreto-Ley 154/1994, que extendió la competencia del notario para conocer del divorcio por mutuo acuerdo)¹¹.

También como una nota distintiva de Derecho comparado, vale apuntar que en Colombia, el art. 2 inciso b) del Decreto n.º 4436/2005 establece que en el

¹¹ Ante la posibilidad –como ya se expresó–, de los cónyuges, de declinar al derecho a liquidar la comunidad matrimonial de bienes extinta, tras la disolución del matrimonio, compete al notario cubano dejar consignado explícitamente como advertencia legal, el plazo de caducidad de un año, contado éste a partir del día siguiente de la autorización de la escritura de divorcio, para liquidar la comunidad matrimonial de bienes, ya por vía judicial o extrajudicial, con las consecuencias previstas en el art. 40 del Código de Familia, o sea, de que «cada cónyuge quedará como propietario único de los bienes muebles de propiedad común cuya posesión haya mantenido a partir de dicha extinción».

petitorio de divorcio se ha de contener el acuerdo de los divorciantes respecto del estado en que se encuentra la sociedad conyugal, particular que quedará incluido en la escritura que declare la disolución del vínculo matrimonial o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. No obstante, la liquidación de la sociedad conyugal no es un requisito esencial para acordar el divorcio o la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos. Ello podrá hacerse, como sucede en Cuba, en otra escritura o por vía judicial, según lo dispongan los divorciantes¹².

A) COMPETENCIA DEL NOTARIO: EL REQUISITO DE LOS DIEZ AÑOS DE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN NOTARIAL. DISTINCIÓN DEL QUE A TALES FINES TAMBIÉN SE EXIGE EN MATERIA DE MATRIMONIO: ¿ACASO UNA ASIMETRÍA?

El notario nicaragüense no tiene límites de competencia por motivo del territorio. Se trata de un notario que en razón de su condición de profesional del Derecho, puede ejercer, en todo el territorio nacional, la abogacía a la par que el notariado, siempre que a tales fines, egresado de las aulas universitarias, resulte autorizado por la Corte Suprema de Justicia¹³. Empero, en razón de la materia, llama la atención las peculiares reglas de competencia establecidas por la ya citada Ley que le dio mayor utilidad a la institución del notariado. En efecto, el art. 1 de dicha Ley le atribuyó competencia para conocer del matrimonio, pero la supeditó al inexplicable requisito formulado en el art. 8 de

¹² Vid. Jorge PARRA BENÍTEZ, *Manual de Derecho Civil – Personas, familia y derecho de sucesiones*, Bogotá, Temis, 2007, pág. 266.

¹³ En apoyo a tal idea, se esgrime por Aníbal RUIZ ARMIJO, *Ley del Notariado y legislación conexas*, Managua, U.C.A., 2007, pág. 17, las siguientes normas legales: **Art. 164 Cn.**: «Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:... Extender autorización para el ejercicio de las profesiones de abogado y notario, lo mismo que suspenderlos y rehabilitarlos de conformidad con la ley...»; **Art. 64 n.º 9 y 10 L.O.P.J.**: «Además de lo establecido en los artículos 25, 26 y 27 de la presente Ley, corresponde a la Corte Plena: ... 9. Extender los títulos de Abogado y Notario Público. 10. Extender la autorización a los Abogados y Notarios para el ejercicio de la Profesión, lo mismo que suspenderlos y rehabilitarlos, de acuerdo con la ley». **Art. 6 Ley de Carrera Judicial**: «El Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial tiene, entre otras, las siguientes atribuciones:... 18. Recibir, instruir y resolver las quejas que cualquier ciudadano presente en contra de los abogados y notarios en el ejercicio de su profesión, imponiendo las sanciones que sus infracciones merezcan, excepto en el caso de suspensión, la que después de instruido sumariamente el informativo del caso, será resuelto por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia...». **Art. 228 L.O.P.J.**: «Derógase la “Ley Orgánica de Tribunales”, del 19 de julio de 1894 y sus reformas, excepto las disposiciones contenidas en... artículos 288 a 291, ambos inclusive, y en... artículos 298 al 307, igualmente inclusive. Ratifícase la vigencia del Decreto n.º 1618 “Sanciones a Abogados y Notarios Públicos por delitos en el ejercicio de su profesión”, del 28 de agosto de 1969 y del Decreto n.º 658, “Ley que regula las responsabilidades de los Abogados y Notarios incorporados a la Corte Suprema de Justicia”...». **Art. 288 párr. 2.º Ley Orgánica de Tribunales de 19 de julio de 1894** (no derogado por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de julio de 1998): «... Los notarios recibidos conforme a la ley, serán autorizados por la Corte Suprema de Justicia, como se dispone en el artículo 299. La misma Corte podrá autorizar a los abogados para el ejercicio del notariado con sólo la presentación del título». **Art. 299 Ley Orgánica de Tribunales de 19 de julio de 1894** (no derogado por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de julio de 1998): «El título de abogado se expedirá por la Corte Suprema de Justicia, previa comprobación de los requisitos enumerados en el artículo anterior, y la honradez y buena conducta del aspirante, por medio una información de tres testigos que la Corte designará...».

que se tratare de «*notarios que hubieren cumplido por lo menos diez años de haberse incorporado como Abogado o Notario en la Corte Suprema de Justicia*», particular que ahora es ratificado por el autor del Código de Familia en su art. 61 que establece entre las autoridades competentes en Nicaragua para conocer del matrimonio y de la unión de hecho a las (los) «*Notarias o Notarios Públicos que hubieren cumplido por lo menos diez años de haberse incorporado ante la Corte Suprema de Justicia*». Salta a la vista el absurdo jurídico de limitar la competencia por razón de la materia en actos notariales tan disímiles como el matrimonio, las traducciones de documentos, la declaración de comerciante, las rectificaciones en los asientos de nacimiento, obrantes en el Registro del Estado Civil, cuando para otros más complejos como la autorización de escrituras públicas de testamentos, de contratos de disímil naturaleza o escrituras públicas de constitución de las más diversas sociedades mercantiles, u otros actos de comercio, como la fusión o escisión de sociedades, o las liquidaciones de los patrimonios sociales, entre otros, no se exige más pericia profesional que la que viene dada por la condición de notario, nombrado por la Corte Suprema de Justicia.

No hay juicio que justifique la exigencia de años de experiencia profesional para la autorización de ciertos documentos públicos notariales, cuando la propia norma sigue un criterio carente de fundamentos metodológicos o científicos, justificativos de tales baremos para el ejercicio de la profesión en la autorización de ciertos instrumentos públicos, con motivo de la naturaleza del plano negocial o del funcional del instrumento.

Entiéndase que el art. 8 de la hoy vigente Ley que da mayor utilidad a la institución del notariado, supedita la atribución de tal competencia, al ejercicio por diez años de la profesión, pero sin especificar que dicho ejercicio por una década haya de estar directamente conectado con el ejercicio del notariado, supuesto este que pudiera justificar, si es que es justificable, la atribución de la competencia para conocer del matrimonio a notarios con cierta experiencia profesional. Téngase en cuenta que en el gremio jurídico nicaragüense, una vez habilitado para el ejercicio de la abogacía, suele interesarse la investidura de la condición de notario, pero ello podría en no pocos casos ser unos años después. De modo que los años en el ejercicio de la abogacía suelen ser mayores que los de ejercicio del notariado. Esto conduce a la absurda idea de que un profesional del Derecho tenga diez años de ejercicio de la profesión de abogado y tan solo uno o dos de la profesión de notario, no obstante, el cumplimiento de los diez años de incorporación ante la Corte Suprema de Justicia como profesional del Derecho en el campo de la abogacía, cumpliría el requerimiento que hoy impone el art. 8 de la Ley que dio mayor utilidad a la institución del notariado y el que hoy ratifica el art. 63 del Código de Familia, una vez vigente la norma.

Esta regla en sede de competencia notarial en materia matrimonial se ha seguido, en principio, en el divorcio por mutuo consentimiento. Adempero, con un sentido más lógico, el codificador en el art. 159, segundo párrafo, establece

como limitante de la competencia por razón de la materia que para autorizar escrituras públicas de divorcio por mutuo consentimiento se requiere de un notario «*con al menos diez años de haberse incorporado a la profesión del notariado*». O sea, no cualquier notario es competente para conocer del divorcio, sino aquel que ha venido desempeñándose por lo menos durante diez años, o sea, aquel que ya ha obtenido el tercer quinquenio para el ejercicio de la función notarial. En ese orden, parece ser más lógico y diáfano el autor de la norma, lo cual debió extender, con mejor precisión simétrica del sentido del Derecho, al matrimonio y a las uniones de hecho, instrumentadas en sede notarial¹⁴. De ahí que, una vez en vigencia el Código de Familia, el notario nicaragüense con diez años de desempeño de la profesión de abogado, ello con independencia de los años que lleve ejerciendo el notariado, que no necesariamente tendrán que ser diez, seguirá habilitado para conocer del matrimonio, y ahora, bajo la cobija del Código de Familia (art. 84) la declaración de unión de hecho estable, no así del divorcio por mutuo consentimiento en que los diez años comienzan a computarse a partir de la incorporación como notario por la Corte Suprema de Justicia. De todos modos, ante la inexperiencia del notariado de Nicaragua en estas lides, creo que con un sentido de la prudencia y de la racionalidad, la medida tomada pudiera ser útil en el sentido de disminuir el número de notarios, competentes para conocer del divorcio por mutuo consentimiento, medida que no es la idónea para el control por parte de las autoridades judiciales del ejercicio de la función notarial, de modo que se eleve la seguridad jurídica y la calidad del servicio profesional que se presta en arenas tan movedizas, y de indudable trascendencia pública, como las propias del Derecho de familia.

B) LA SOLICITUD DEL DIVORCIO. FORMALIDADES. REPRESENTACIÓN

El notario no puede conocer de oficio el interés de las partes por instrumentar el divorcio, actuando bajo el principio de rogación instrumental, de indu-

¹⁴ En Nicaragua para desempeñar la función notarial no es suficiente con la habilitación expedida por la Corte Suprema de Justicia. Una vez habilitado, es necesario interesar cada cinco años una nueva renovación para el desempeño *pro tempore* del notariado. De manera que, ya nombrado notario, si se vence la autorización por cinco años dada, no se pierde la condición de notario, pero se suspende el ejercicio hasta tanto la Corte Suprema de Justicia no conceda un nuevo permiso *pro tempore*.

En tal sentido ha dicho la propia Corte Suprema de Justicia que: «*El art. 7 del Decreto n.º 1618 (La Gaceta, n.º 227, del 4 de octubre de 1969) impone a los notarios la obligación de expresar en las escrituras públicas que autoricen, la fecha de vencimiento de su última autorización para cartular y que la omisión de esta obligación hace incurrir al cartulario en las sanciones que prescribe la ley. Para que un notario pueda proceder al ejercicio de su profesión, es menester que la Corte Suprema lo autorice para ello, previo los cumplimientos de los requisitos que se señala en la misma disposición. Cartular sin la autorización de la Corte constituye irregularidad en el ejercicio del notariado, por lo que un notario que actúa de esa forma debe ser objeto de sanción en aras de la responsabilidad de la función notarial, es claro que el notario público sea ejemplar observante de las leyes que nos rigen*» (Sentencia de las 12.20 p.m. del 9 de abril de 1991, B.J., págs. 40-41, Cons. I y II).

dable raigambre latina. Su actuación está supeditada a la solicitud del divorcio. El escrito de solicitud o de petición del divorcio por mutuo consentimiento, no ha de estar revestido de formalidades o solemnidades algunas, salvo la firma de los cónyuges y su presentación *per se*, o a través de su representante (la norma se refiere a un apoderado especialísimo), lo cual supone el previo otorgamiento de un poder especialísimo, pudiendo ser otorgado por uno de los cónyuges o por ambos, dado que el Código de Familia no prohíbe que ambos cónyuges se hagan representar, incluso a través de abogados, tema que en otros ordenamientos jurídicos ha sido sumamente polémico por el peso que tienen los colegios de abogados frente a los colegios de notarios, y los intereses económicos y políticos que se manejan. En cambio, este no es un tema polémico en Nicaragua, pues al ejercerse dualmente la abogacía y el notariado, no hay intereses de una clase profesional, afectados. Lo que pierde un abogado nicaragüense, lo gana entonces como notario.

Conforme con el art. 159 del Código de Familia, el poder para comparecer ante notario al otorgamiento de la escritura pública de divorcio por mutuo consentimiento, ha de ser especialísimo, ya se otorgue a un abogado, o a un tercero que no se desempeñe como tal. En dicha escritura pública de poder, el poderdante deberá enunciar expresamente las facultades que otorga, en concreto lo relativo a la identidad del otro cónyuge divorciante y lo atinente a las pensiones alimenticias, a favor de uno de los cónyuges, o la correspondiente pensión compensatoria¹⁵, particulares respecto de los cuales debe existir plena armonía. Téngase en cuenta que el hecho de que no existan hijos menores, o con discapacidad que les impida el valimiento por sí mismos, no es razón suficiente para que uno de los cónyuges solicite pensión alimenticia o pensión compensatoria, cuando así resulte necesario.

¹⁵ En efecto, esta figura está regulada en el art. 177, a cuyo tenor:

«El juez o jueza podrá ordenar, también, una pensión compensatoria, sustitutiva de la alimenticia, siempre que no exista repartición de bienes entre los cónyuges o convivientes, a fin de evitar el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar el divorcio, en relación con la posición del otro cónyuge y un empeoramiento de la situación que tenía durante el matrimonio. Para ello, el juez o jueza tendrá en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges;

La edad y el estado de salud;

La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo;

La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales con el otro cónyuge;

La duración del matrimonio y la convivencia conyugal;

La pérdida eventual de un derecho de pensión;

El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge;

La distribución equitativa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y éstos estuvieren inscritos de manera unilateral;

No poder ejercer una actividad profesional por tener que ocuparse de los hijos o hijas comunes;

Haber interrumpido su instrucción profesional por razón del matrimonio y desear reanudarla.

La pensión compensatoria cesará cuando él o la cónyuge favorecido contraiga nuevo matrimonio, establezca una unión de hecho estable con otra persona o llegare a tener medios económicos para su sustentación».

C) DOCUMENTOS A APORTAR

En el orden formal, prevé el art. 161 del Código de Familia que los documentos que hay que aportar, conjuntamente con la copia de la escritura de poder, en el caso de que uno de los cónyuges, o ambos (no hay prohibición al respecto) se haga representar por un tercero (abogado o no) son:

- a) Cédula de identidad de ambos otorgantes;
- b) Certificado del acta de matrimonio;
- c) Certificación de negativa de hijos e hijas;
- d) Certificación de negativa de bienes.

Analicemos detenidamente cada uno de estos documentos:

1. Cédula de identidad de cada uno de los comparecientes (ya lo sean por sí, o por representación, o como asistentes de una persona a la que se complementa el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁶)

El art. 4 de la Ley n.º 152, de 27 de enero de 1993 establece que: «*La presentación de la Cédula de Identidad Ciudadana es indispensable para: ... g) Concurrir ante notario; ...*». En tanto que la Resolución del Consejo Supremo Electoral de 31 de enero de 2001, ha dejado establecida la necesidad, en su primer apartado, de «*Exigir a partir del primero de abril del corriente año, la Cédula de identidad ciudadana como documento público que identifique a los ciudadanos nicaragüenses para el ejercicio del sufragio y demás efectos que determinen las leyes de la república en todo el territorio nacional*». Complementaria de la anterior, la Resolución del Consejo Supremo Electoral de 3 de abril del 2001, formula que: «*Primero: Se exceptúan de la declaración de exigibilidad de la cédula de identidad ciudadana emitida por este Consejo mediante Resolución tomada el día treinta y uno de enero del año dos mil uno, a las dos y quince minutos de la tarde, a los nicaragüenses residentes en el extranjero y que se encuentran transitoriamente en el país. Esta disposición deroga la cláusula cuarta del acuerdo número uno tomado por el Consejo Supremo Electoral en su sesión número dieciséis del día trece de marzo del año dos mil uno. Segundo: También se exceptúan de la declaración de exigibilidad los extranjeros residentes en Nicaragua a quienes también se exceptúa de la presentación del carné de identidad a que se refiere el artículo 45 de la Ley de Identificación ciudadana, mientras el Consejo Supremo Electoral no reglamente la forma de obtención del referido carné. Tercero: Lo dispuesto en las cláusulas primera y segunda regirá hasta tanto el Consejo Supremo Electoral no establezca el procedimiento para la Cedulación de estos ciudadanos. Cuarto: También gozarán de esta excepción los extranjeros no residentes en Nicaragua y que se encuentran transitoriamente en el país, quienes se identificarán conforme lo establecido por las leyes de Migración y Extranjería de conformidad con el artículo 46 de la Ley de Identificación Ciudadana*». No cabe duda

¹⁶ En tal caso, asistirían ambos.

que para los extranjeros que se encuentren transitoriamente en el país, será suficiente su pasaporte debidamente habilitado y con la visa correspondiente, para los casos en que el visado se hace indispensable.

La cédula de identidad o el pasaporte se convierten en los documentos esenciales, soporte documental para que el notario pueda dar un juicio de identidad, superando así la vieja fórmula consagrada en el art. 23, apartado 5.º, de la Ley del Notariado que atribuye al notario el deber de consignar en la parte del instrumento titulada introducción, la fe de conocimiento. No cabe duda que el notario nicaragüense, como cualquier otro notario latino, se limita a aseverar, bajo un juicio de percepción o apodíctico, la identidad del compareciente, a partir de cotejar el documento con valor identificativo que tiene ante sí, en concreto a partir de la fotografía y de la firma, con los rasgos fenotípicos de la persona que comparece ante sí, y el cotejo que hace de la firma que estampa en el documento que autoriza, con la que aparece en el documento de identificación (ya sea la cédula de identidad o el pasaporte).

2. Certificado del acta de matrimonio

Ante notario hay que acreditar documentalmente, la existencia del matrimonio, cuya disolución por mutuo consentimiento, ahora se instrumenta. Por ese motivo hay que aportar la certificación, que acredita la existencia del matrimonio. Documento que será expedido por el oficial correspondiente a cargo del Registro del Estado Civil¹⁷.

3. Certificación de negativa de hijos e hijas

Ante notario también es posible probar que los hijos o hijas, habidos del matrimonio, son mayores de edad. Se haya alcanzado la mayoría de edad por el transcurso del tiempo y el arribo a los 18 años de edad, o cuando teniendo 16 años de edad, la mayoría de edad se haya obtenido, vía emancipación, en cualquiera de las variantes reconocidas en el art. 302 del Código de Familia, o sea, por autorización del padre o madre; por declaración judicial; o por matrimonio. En los dos primeros supuestos, inscripta *ad hoc* tal emancipación en el Registro del Estado Civil de las personas¹⁸, pues en el supuesto de matrimonio,

¹⁷ Dispone el art. 564 del Código Civil que «Las certificaciones de las partidas de nacimiento, de matrimonio o de defunción, extendidas en debida forma por el Registrador, lo mismo que las referentes a la legitimación, reconocimiento de los hijos ilegítimos, y demás actos sujetos a inscripción, harán prueba del respectivo estado civil, así en juicio como fuera de él».

¹⁸ Si bien el Código de Familia sólo se refiere expresamente a la primera de las vías mencionadas, o sea, a la autorización del padre o madre, instrumentada en escritura pública (art. 304), lo cual no supone en modo alguno que en la segunda, o sea, en el caso de declaración judicial, no sea necesario también la citada inscripción registral a los efectos probatorios (art. 305).

Conforme con el vigente Código Civil:

«Art. 535.—Las actas de emancipación por voluntad del que ejerza la patria potestad, se formarán insertando a la letra la levantada por el Juez que autorizó la emancipación, y se anotará en el acta de na-

lógico es que el matrimonio se inscribirá en el mencionado Registro, pero el asiento se referirá al matrimonio en sí, y no a la emancipación, aunque esta esté implícita en el propio matrimonio¹⁹. En todos estos supuestos hay que acreditar que no hay hijos menores de edad, procreados por los cónyuges en ocasión del matrimonio cuya disolución se pretende instrumentar por escritura pública, o que no hay hijos adoptivos menores de edad, porque de existir tampoco sería posible instrumentar el divorcio por mutuo consentimiento en sede notarial.

4. Certificación de negativa de bienes

La certificación que acredita la inexistencia de bienes, se refiere a aquellos que tienen naturaleza de comuneros (*vid.* art. 123 del Código de Familia), a saber:

- a) Los salarios, sueldos, honorarios, recompensas y demás emolumentos provenientes del trabajo o servicios profesionales de cada uno de los cónyuges o convivientes;*
- b) Los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes propios como los comunes, deducidos de previo los gastos de producción, conservación, reparación y cargas fiscales y municipales, se exceptúan los casos de las sociedades mercantiles en donde se haya definido el porcentaje de participación social de sus integrantes;*
- c) Los adquiridos a título oneroso;*
- d) El incremento de valor, por la causa que fuere de los bienes propios;*
- e) Las construcciones y plantaciones en bienes propios, al igual que las empresas o establecimientos constituidos por uno de los cónyuges o convivientes, con fondos o bienes del haber común».*

D) LA ESCRITURA PÚBLICA COMO RESERVORIO INSTRUMENTAL DEL DIVORCIO. CONTENIDO

Con mejor técnica jurídica que la que han utilizado otros ordenamientos legales del continente²⁰, el Código de Familia de Nicaragua dispone al efecto en el último párrafo del art. 159 que el reservorio instrumental del acuerdo en que consiste el divorcio, es la escritura pública. Sin dudas nos encontramos ante un negocio de Derecho de familia, tal cual es el divorcio, motivo por el cual corresponde en el plano instrumental, la autorización de una escritura pública.

Tratándose de un divorcio por mutuo consentimiento en que no hay hijos menores de edad o mayores de edad, judicialmente incapacitados o con disca-

cimiento, expresando al margen de ella quedar emancipado el menor, y citando la fecha de la emancipación y el número y foja del acta relativa».

«Art. 536.—Si en la oficina en que se registra la emancipación no existe el acta de nacimiento del emancipado, el encargado del Registro retira copia del acta de emancipación al del lugar en que se registra el nacimiento para que haga la anotación correspondiente».

¹⁹ Según dispone el art. 534 del Código Civil *«En los casos de emancipación por matrimonio no se formará acta separada; el encargado del Registro anotará las respectivas actas de nacimiento de los cónyuges, expresando al margen de ellas quedar éstos emancipados en virtud del matrimonio, y citando la fecha en que éste se celebró, así como el número y la foja del acta relativa».*

²⁰ *Vid.* L. B. PÉREZ GALLARDO, «Un fantasma recorre...», *op. cit.*

pacidad que les impida valerse por sí mismos, el contenido o parte dispositiva de la escritura pública se reduce al acuerdo de los cónyuges de poner fin al matrimonio, hasta ese momento existente entre ellos y en este sentido es importante dejar esclarecido que en sede notarial no es competente el notario para crear, modificar, constituir o extinguir derechos. De ahí que la actuación del notario se limite a dar forma legal, a la voluntad de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, o sea, a la voluntad de los divorciantes de darle el cuerpo documental al acuerdo disolutorio del matrimonio. El notario no reconoce ni declara derechos subjetivos. Por ello, el Código de Familia de Nicaragua no resulta lo suficientemente técnico en este orden. Al regular el divorcio por mutuo consentimiento, el art. 159 dispone: «*Los cónyuges pueden disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento*», o sea, la disolución como cuerpo del *actum*, y no del *dictum*, es imputable expresamente a los cónyuges, autores del negocio jurídico familiar en que el divorcio consiste, pero en el propio precepto, último párrafo, al referirse concretamente al divorcio ante notario, se tiende a la confusión al disponer en una expresión ambigua, y que *per se* puede conducir a una *contraditio in terminis* que «*la Notaria o Notario Público puede disolver el vínculo matrimonial, debiendo consignar dicho acuerdo en la escritura pública correspondiente*». Si el divorcio, es realmente, como lo es, un acuerdo entre los cónyuges destinado a disolver el vínculo matrimonial, quienes se divorcian son los cónyuges entre sí, no es el notario el que *tiene la facultad de divorciar*, cuestión distinta es que le sea atribuida competencia por razón de la materia para *autorizar* la escritura pública que da forma legal y viso de legalidad y autenticidad al acuerdo de los cónyuges en poner fin a su matrimonio, actuando estos de consuno. Pero el legislador yerra cuando al inicio expresa que el notario o la notaria pública puede disolver el vínculo matrimonial, trasladando la acción de los cónyuges, al notario, lo cual desbordaría el contenido de la función. La disolución del vínculo matrimonial, a falta de acuerdo de los cónyuges, compete al juez, que tiene *iurisdictio e imperium*, lo que le resulta ajeno al notario²¹. No le corresponde al notario decir el Derecho, simplemente se limita a aplicarlo e interpretarlo. Si hay acuerdo entre los cónyuges, son ellos los que disuelven el matrimonio, como en sede contractual, *mutatis mutandi*, las partes de un contrato pueden dar por extinguido éste por mutuo disenso. En tales circunstancias no se podría decir que el notario ha disuelto el contrato existente entre las partes. Extremo que después intenta solventar el codificador cuando en el art. 160 se regula la «**Disolución del vínculo matrimonial ante notaria o notario público**», y no por notaria o notario público, con el significado que en buen castellano tiene la preposición *ante*, que significa frente a, y no *por*, que supondría atribuirle al notario la facultad misma de disolver el vínculo matrimonial. En el texto del propio precepto se deja explícito que la notaria o el notario público,

²¹ Como apunta Vallet de Goytisolo, «(...) el notario –a diferencia del juez– carece de *imperium*, salvo, únicamente, para negar su intervención si el negocio pretendido es contrario a las leyes, a la moral o al orden público». Vid. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «La función...», *op. cit.*, pág. 317.

recibirá la petición de disolución por mutuo consentimiento, que no es lo mismo que disolverá el vínculo marital. En tanto, el art. 161 del propio Código regula los documentos que han de acompañarse con la solicitud del divorcio, en el entendido de que es el escrito de solicitud, el mecanismo de impulso del procedimiento notarial, dado que el notario actúa a instancia de parte, es la *rogatio* notarial. Ello hay que interpretarlo en el sentido de que al notario se le insta para la autorización de la escritura de divorcio por mutuo consentimiento, no que el notario disuelva el vínculo matrimonial, lo cual, sin duda, es muy diferente, por sus disímiles consecuencias jurídicas.

Forma parte del contenido del instrumento público, lo que en el Derecho notarial nicaragüense se llama contenido del cuerpo del documento (*vid.* art. 26 de la Ley del notariado) la determinación de la pensión alimenticia para el cónyuge que lo necesitara o la pensión compensatoria según corresponda. Empero, en este orden el Código de Familia resulta omiso. En la redacción dada a dicho Código, tal pareciera que en los casos de divorcio por mutuo consentimiento ante notario no hay pronunciamientos respecto de dichas pensiones, pero una conclusión así, sería apriorística. El divorcio por mutuo consentimiento ante notario en la manera en que se inserta su regulación en el Código de Familia de Nicaragua, no impide que en la escritura pública los cónyuges además de disolver el vínculo matrimonial existente entre ellos, acuerden una pensión alimenticia o una pensión compensatoria, si el acuerdo se extiende a ello. De no existir tal acuerdo se haría imposible el procedimiento notarial. Obsérvese que el párrafo primero del art. 159 deja explícito que una de las alternativas en vías de tramitación del divorcio por mutuo consentimiento es la sede judicial. Y en tales circunstancias, según el dictado literal del precepto *in commento*, cuando los cónyuges presenten el escrito de solicitud del divorcio ante la autoridad judicial correspondiente, ya sea personalmente o a través de apoderado especialísimo, además de los documentos que el precepto exige sean acompañados, deberá proponerse «*el acuerdo sobre el cuidado y crianza de los hijos e hijas, el acuerdo del derecho de uso y habitación del bien inmueble a favor de los hijos e hijas que sean niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad y las respectivas pensiones alimenticias o la correspondiente pensión compensatoria*». Extremo este último que resulta omitido –inexplicablemente–, en el párrafo siguiente cuando se regula la segunda vía para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, o sea, la notarial, cuando lo cierto es que los presupuestos para atribuirle competencia al notario en este orden, no comprenden –como es lógico–, que no se solicite pensión alimenticia o pensión compensatoria, pues la existencia de un acuerdo al respecto, aunque el Código de Familia no lo diga expresamente, no priva al notario de la autorización de la escritura. Es más, determinada por vía convencional el monto de dichas pensiones, la escritura pública brinda eficacia ejecutiva al crédito nacido de dicho acuerdo, ya sea por razón de la obligación de dar alimentos, o por la pensión compensatoria acordada. La interrogante que resulta interesante formularnos es si el notario tiene facultades para controlar la equidad y justicia en la

fijación del monto de la cuantía²². En todo caso ¿Puede el notario abstenerse de autorizar la escritura pública de divorcio por mutuo consentimiento cuando las pensiones resulten inequitativas, a pesar del acuerdo de los cónyuges al respecto? ¿Se limita el notario, sin más, a incluir en el cuerpo del instrumento el acuerdo de los cónyuges, sin otros miramientos ni valoraciones legales? ¿Le es dable al notario actuar como el juez y tomar en cuenta las circunstancias previstas en el art. 323 del Código de Familia?

Según la formulación del citado precepto, los aspectos a tener en cuenta para fijar la pensión alimenticia, deberán ser valorados por «*la autoridad competente*», expresión sumamente amplia y abarcadora que incluye al notario, que si bien carece de *imperium*, sí tiene *auctoritas*, razón por la cual cabe ubicarse dentro de las autoridades competentes al que el precepto se refiere. De ahí que nada prive al notario para valorar la pensión alimenticia propuesta teniendo en cuenta:

- a) *El capital o ingresos económicos del alimentante;*
- b) *Su último salario mensual y global. Si la o el alimentante renuncia a su trabajo para no cumplir con su obligación, el último salario mensual será la base para fijar la pensión;*
- c) *Si la o el alimentante trabajare sin salario fijo o no se pudiere determinar sus ingresos, el juez o jueza en su caso, hará inspección en sus bienes y determinará la renta presuntiva;*
- f) *Si el o la alimentante padece una enfermedad crónica;*
- g) *El estado de necesidad y desamparo de otros alimentistas;*
- h) *Los gastos personales del o la alimentante, quien en ningún caso, podrá evadir las responsabilidades de cumplir con la pensión».*

En similares circunstancias también opera la pensión compensatoria. Para ello dispone el art. 163 como requisitos para interesar la intervención de la autoridad judicial,

«*además de los requisitos generales para toda demanda, el acuerdo al que hubieren llegado los cónyuges respecto a: (...)*

- d) *El monto de la pensión compensatoria para el o la cónyuge que hubiere de recibirla y la forma en que se garantizará».*

Particular que resulta reforzado con lo dispuesto en el art. 164, a cuyo tenor en caso de negativa de acuerdo en el divorcio por mutuo consentimiento sobre cualquiera de los extremos exigidos en el artículo anterior, «*la autoridad judicial*

²² Sobre la posibilidad de que el notario aplique la equidad, *vid. per omnia*, Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, «Aplicación por el notario de la equidad», en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coords.), *Derecho Notarial*, tomo I, La Habana, Félix Varela, 2009, págs. 232-274. Navarro Azpeitia se refiere a una aplicación dúctil de las normas jurídicas en la labor interpretadora e integradora del notario, lo cual se manifiesta, entre otros aspectos, en «El renacimiento del Derecho natural, tanto en su aspecto de sana ética y buena razón, como en el de equidad, para hallar soluciones justas y morales a las relaciones humanas». *Vid.* Valentín Fausto NAVARRO AZPEITIA, «Reflexiones acerca de la naturaleza de la función notarial», *Revista de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado español, n.º 77 y 78, julio-diciembre 1972, págs. 18-19.

resolverá conforme corresponda», fijándose «pensión compensatoria para el o la cónyuge que esté imposibilitado para trabajar por motivos de enfermedad o cualquier causa similar, a juicio de la autoridad judicial. Esta obligación no se otorgará o cesará cuando el cónyuge favorecido haya contraído nuevo matrimonio o establezca una unión de hecho estable, trabaje o llegare a tener solvencia económica». Sin embargo, nada establece el Código de Familia sobre la posibilidad de que en sede notarial, los cónyuges fijen de común acuerdo una pensión compensatoria, extremo en el cual, a mi juicio, nada impide que ello se instrumente en la escritura pública, con la eficacia ejecutiva que podría llegar a tener, cuando el crédito resulte líquido, exigible y vencido (recuérdese que, conforme con el art. 1685.1 del Código de procedimiento civil de Nicaragua, los instrumentos públicos son títulos que traen aparejada ejecución, en el entendido que, según dispone el art. 1686 del propio texto legal, han de considerarse incluidos «1.–Las escrituras públicas originales o de primera saca, otorgadas según las leyes, y las copias posteriores sacadas del protocolo con las formalidades legales»).

Téngase en cuenta que, cuando hablo de inequidad, lo hago en el sentido de la proporcionalidad de la cuantía de la pensión alimenticia y de la pensión compensatoria. El notario juega un rol determinante en el asesoramiento y consejo. Su condición de profesional del Derecho le permite vislumbrar los elementos más sensibles de la aplicación misma del Derecho²³. No puede verse al notario como un mero documentador, de ahí que –a mi juicio–, las convenciones a las que arriben los cónyuges sobre pensión alimenticia o pensión compensatoria deben pasar por el tamiz de la actuación notarial. No debe plegarse el notario al acuerdo sin más, adoptado por los cónyuges. «La voluntad de los otorgantes no es un dato, un hecho del mundo exterior que el notario “oye” y transcribe como un taquígrafo; el notario no podrá ser sustituido nunca por una cinta magnetofónica; la escritura pública no es solamente un acta notarial: el “acta del acto del otorgamiento”»²⁴. Ha de tratarse de un acuerdo que se adopte dentro de los principios que regula el Código de Familia, entre ellos el previsto en el art. 2 inciso b), relativo a «*La protección integral de la familia y todos miembros...*» de cuya aplicación es un celoso guardián el notario.

²³ Por algo apuntaba Delgado de Miguel al referirse al proceso de reforzamiento del aspecto profesional del notariado en los umbrales de este siglo en la Europa unificada que ello suponía «una consolidación de su papel de jurista cualificado, que asume la responsabilidad derivada de su trabajo profesional, y presta un servicio especializado a todo aquel ciudadano que solicita su intervención asesorándole con el mayor nivel de competencia posible en todos aquellos aspectos jurídicos que se relacionan, derivan y son consecuencia directa o indirecta del documento que autoriza y cuya legalidad controla. Documento cuya relevancia jurídica más eminente deriva (...) de la delegación del Estado que ejerce quien lo autoriza». Vid. Juan FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, «El carácter profesional del notario. Una perspectiva», *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo general del notariado, julio-septiembre 2000, pág. 294.

²⁴ Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, «El notario y el documento notarial», *Revista de Derecho Notarial*, Colegios notariales de España, n.º CXX, abril-junio 1983, pág. 467.

Esta función de asesoramiento queda ilustrada en el art. 160, cuando el codificador deja dicho que el notario, al recibir la solicitud de autorización de la escritura pública de divorcio por mutuo consentimiento, «*les advertirá a los cónyuges el efecto de su decisión*». Ciertamente el codificador apela a la prudencia, medida y conocimientos técnicos del notario. Es él quien ha de advertir las consecuencias en el terreno jurídico de la decisión tomada, su trascendencia en el orden personal, familiar y también patrimonial. Con ello se hace palpable lo que en su día –refiriéndose a los comparecientes del instrumento público–, dejó dicho mi maestro Vallet de Goytiso: «se trata no solo de captar la voluntad *consciente* sino también de alumbrar al *subconsciente*, después de iluminársela al propio sujeto; e incluso, a veces, de alumbrarle lo que, ni siquiera subconscientemente ha sospechado»²⁵.

E) LA INSCRIPCIÓN DE LA COPIA O TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS Y EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A INSTANCIA DE LOS INTERESADOS: LOS VAIVENES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Por la incidencia que tiene en el estado civil de las personas, concretamente en su estado conyugal, es necesario que la copia o testimonio de la escritura pública de divorcio por mutuo consentimiento se inscriba en el Registro del Estado Civil de las personas, y por su trascendencia en el orden del patrimonio marital que se inscriba, igualmente, en el correspondiente Registro de la Propiedad. Según los arts. 499 y 500 del Código Civil de Nicaragua «*El estado civil es la calidad de un individuo en orden a sus relaciones de familiares cuanto le confiere o impone determinados derechos y obligaciones civiles*», «*Dicha calidad deberá constar en el Registro del Estado Civil, cuyas actas serán la prueba del respectivo estado*», por lo que, cualquier circunstancia que afecte el estado civil (conyugal) de las personas –como el divorcio–, ha de ser inscrita en el citado Registro. De ahí, que el art. 162 del Código de Familia imponga el deber al notario de expedir, de oficio, testimonio o copia de la escritura matriz del divorcio por mutuo consentimiento, documento dotado de fe pública derivativa, que prueba frente a terceros que es copia o fiel reproducción del contenido de la matriz, incluidas las firmas estampadas por los comparecientes y el notario autorizante, dotada esta de fe pública originaria.

Lo que resulta riesgoso para la seguridad jurídica preventiva, cuyo paradigma lo es la actividad registral es que dicha inscripción, al menos la que debe obrar al margen de la partida o asiento de inscripción del matrimonio extinguido, obre a instancia de parte interesada y no de oficio por el notario autorizante de la escritura pública. Del art. 162 no resulta suficientemente ex-

²⁵ J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «Determinación negocial del Derecho», en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coords.), *Derecho Notarial*, tomo I, La Habana, Félix Varela, 2009, pág. 143.

plícito que compete al notario el deber jurídico de notificarle al encargado del Registro del Estado civil en el que obre el matrimonio extinguido, o en el que obre el nacimiento de cada uno de los divorciantes, la disolución del vínculo matrimonial, a través de la expedición de una copia de la escritura pública de divorcio por mutuo consentimiento, de oficio, y no a instancia de parte interesada. Y de igual forma al Registrador de la Propiedad en el que aparecen inscritos bienes de naturaleza común. Si ello se hubiere regulado explícitamente, viabilizaría el cometido de lograr la verdadera seguridad en el tráfico jurídico. Deber que ha de ser responsabilidad del notario y no de los divorciantes.

Sin dudas esta es la posición que estamos sugiriendo para Nicaragua, que es la que prevalece en el Derecho comparado, si bien en algún que otro ordenamiento jurídico que ha regulado en sede notarial el divorcio por mutuo acuerdo, deja en manos de los ex cónyuges la correspondiente solicitud de inscripción, posición endeble que da al traste con la función garantista que compete al notario y su conexidad con el ámbito registral²⁶.

²⁶ Cada legislación ofrece sus peculiaridades. En Perú la autoridad, sea el notario o el alcalde que conoce del divorcio, dispone, **de oficio**, la inscripción en el registro correspondiente (*vid.* art. 7, último párrafo, de la ley y art. 13, último párrafo, del Reglamento), principalmente «*se solicitará la anotación marginal, en la partida de matrimonio, donde conste la disolución del vínculo matrimonial.*».

En Colombia la legislación es más explícita en este sentido. El art. 6 del Decreto n.º 4436/2005 establece que: «*Una vez inscrita la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios, el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados.*». A pesar de que la norma no lo dice, cabría suponer que se trata del Registro del Estado Civil en que obra el matrimonio disuelto.

Por su parte, el art. 40 de la Resolución n.º 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil establece que la copia o traslado de la escritura pública de separación o divorcio consensual será presentada ante el Oficial del Registro Civil en el que está inscrito el matrimonio para la necesaria anotación a tal fin, sin requerirse autorización judicial, ni la audiencia del Ministerio Público. Eso sí, a diferencia de Colombia y también de Cuba como constataremos, en Brasil, le corresponde a los ya ex cónyuges la presentación de la copia de la escritura pública ante el Oficial del Registro Civil pues el tabelión o notario no lo hace de oficio, incumbiéndole tan solo insertar en la escritura la advertencia legal a que se refiere el art. 43 de la resolución, esto es, que las partes fueron orientadas sobre la necesidad de que la copia de la escritura pública sea presentada en el registro civil en que obra el asiento de inscripción del matrimonio, a los fines de consignar la anotación debida.

En Cuba, **compete al notario remitir notificación, de oficio**, no solo a los registros del estado civil en que obra el asiento de inscripción del matrimonio extinto, sino también a aquellos en los que está asentado el nacimiento de los ex cónyuges, para lo cual dispone de un término de 72 horas, contado este a partir del día siguiente de la autorización de la escritura (*vid.* art. 13 del Reglamento notarial).

En Ecuador esta garantía de contribuir a la inscripción del divorcio en el Registro Civil, por parte del notario, también se prevé en el ordinal 22 del art. 18 de la Ley del Notariado. **El notario**, tras autorizar el acta en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, matizada o llevada a protocolo, **hará entrega de copias certificadas a las partes y oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva**. Algo *sui generis* que brinda la legislación ecuatoriana y que refuerza la seguridad del tráfico jurídico es que «*el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo.*». Con ello el notario no abrigará dudas de la inscripción del divorcio en el Registro, particular este del que los notarios cubanos carecemos, pues no receptionamos acuse

Tratándose de un tema trascendente al estado civil de las personas, la inscripción del divorcio debe ser garantizada a través de la función notarial. No se está exigiendo una actuación *intuitu personae* del notario, sino que por los medios hoy convencionales, y en un futuro, digitales, llegue la copia de la escritura de divorcio al encargado del registro civil, vía oficial, y no sobre la base del interés personal de los ex cónyuges. Es un criterio errado considerar que los interesados en la inscripción registral son únicamente los ex cónyuges. Interesada ha de estar la sociedad y con ello, cualquier tercero que confíe en la apariencia registral, que de no inscribirse el divorcio, estará en desarmonía con la realidad extrarregistral, de modo que para cualquier tercero que pretenda contratar o concertar cualquier otro acto jurídico la seguridad depositada en la actuación registral quebraría, pues se estaría confiando en un estado conyugal que ya no existe, o en la existencia de una comunidad de bienes por razón del matrimonio, que en todo caso estaría ya en vía de liquidación.

F) LA FORMACIÓN DE UN PROTOCOLO *AD HOC* PARA EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO: ¿ACASO SE HACE NECESARIO?

Si bien no se ha estudiado por la doctrina del país, en Nicaragua hay más de un protocolo. El protocolo conceptuado en el art. 17 de la Ley del Notariado como «*la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas por el Notario y de las diligencias y documentación protocolizados*», definición sumamente criticable en el orden doctrinal²⁷, tras la entrada en vigor de la Ley que le da mayor utilidad a la institución del notariado, tuvo importantes modificaciones. En efecto, la mencionada Ley al habilitar al notario para conocer del matrimonio (art. 1), dejó establecido que el matrimonio se asentaría por el notario en un «*Libro Especial que para tal efecto le entregará la Corte Suprema de Justicia*». Ese libro que pasa inadvertido en las lecciones que se imparten de Derecho notarial en las universidades del país centroamericano, es en sí, un protocolo especial, *ad hoc*, solo para las «actas» de matrimonio, indebidamente instrumentado este negocio jurídico, que para más el propio Código Civil, siguiendo en este orden, como en otros tantos, al Código Civil chileno, lo regula como contrato (*vid.* art. 94), de modo que si quienes contraen el matrimonio son los cónyuges, autores del negocio jurídico familiar en que el matrimonio consiste, no cabe duda que el reservorio instrumental que corresponde es el de la escritura pública, conforme

de recibo de la notificación enviada. También prevé la norma ecuatoriana que «*El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición*».

²⁷ Indiscutiblemente la definición ofrecida por el legislador, no es exacta, no es completa, ni tampoco útil. El *protocolo notarial* es el conjunto ordenado cronológicamente de una parte significativa de los documentos públicos autorizados por un notario durante un año natural (matrices originales), dígame escrituras y actas (omitido ello en la definición legal), y de otros agregados (matrices incorporadas), requeridos para la autorización de tales documentos, con sus respectivas diligencias de apertura y cierre de cada uno de los tomos que le conforman y demás índices complementarios que acuden en auxilio de su conservación.

también con el principio notarial de respeto a las formas instrumentales superiores. El notario no autoriza un acta del hecho acontecido, sino instrumenta el matrimonio como negocio jurídico familiar, cuya piedra angular es el consentimiento de los cónyuges, sin el cual aquel no existe. En todo orden, y a los efectos concretos de lo que vengo exponiendo, el mencionado libro donde se asienta el matrimonio instrumentado, como también lo será el divorcio, por idénticas razones, según lo establecido en el art. 159 del Código de Familia, a cuyo tenor: «*Las notarias y notarios públicos (...) deberán tener registrado ante la Corte Suprema de Justicia, un Libro de Divorcios, de la misma manera como se registra el Libro de Matrimonios*», constituyen protocolos especiales, *ad hoc*. Se trata de protocolos que se forman *a priori* (colección exógena), ya existentes, antes de ser extendidos, otorgados y autorizados los documentos en los libros o en los folios u hojas²⁸, o sea, el protocolo como tal se forma, cuando el libro se construye, de modo que le compete al notario tan solo completar el contenido, a diferencia del protocolo ordinario o general (previsto en el art. 17 de la Ley del Notariado), protocolo constituido *a posteriori* (colección endógena), de forma que el documento matriz nace o se crea, material y jurídicamente, fuera de él. A mi juicio, tales libros, que ahora suman dos, el de matrimonio, y el de divorcio, resultan innecesarios, pues es suficiente el protocolo común, ordinario o corriente para dejar a buen recaudo, ordenadas cronológicamente las matrices de los documentos públicos notariales, cualquiera sea su naturaleza, siguiendo, eso sí, las estrictas medidas de acceso y conservación del protocolo notarial. Con la implementación de tales libros (protocolos), se corren riesgos disímiles de pérdida o extravío, de multiplicación de medidas de seguridad y de conservación, e incluso de rompimiento de la homogeneidad en la estética y en la técnica notarial, pues hasta la propia formación de estos protocolos resulta diametralmente diferente que la del protocolo común u ordinario ¿Qué razón técnica motiva entonces la formación de protocolos especiales en un ordenamiento jurídico en el que el protocolo común u ordinario era el único existente? Habrá que valorar la experiencia vivida con los libros de matrimonios, sopesar lo que ha acontecido con ellos, para justipreciar la *ratio* misma del art. 159, tercer párrafo, del Código de Familia de Nicaragua ¿Habrá valido la pena esta medida en un Estado en el que la fe pública está en manos de un notariado *numerus apertus*?

IV. EL NOTARIADO NICARAGÜENSE ANTE EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y LA FÁBULA DE LA ZORRA Y EL CANGREJO DE MAR

Tras el transcurso del período de *vacatio legis* de la norma, contado a partir de su publicación en *La Gaceta*, entrará en vigor una norma que trazará pautas significativas en la regulación jurídica de la familia nicaragüense, entre ellas,

²⁸ Sobre este tema *vid.* Carlos A. PELOSSI, *El documento notarial*, 3.^a reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 183.

lo atinente a la regulación del divorcio por mutuo consentimiento ante notario. No creo tampoco que esta novedad constituya el tema de mayor importancia en el flamante Código de Familia. Empero, llamo la atención en la necesidad de educar, con un sentido profiláctico, a los notarios en la esencia de su profesión.

No comparto la opinión de algunos juristas que han estudiado el tema de la atribución de competencias al notario en sede de divorcio por mutuo acuerdo desde un análisis pragmático del Derecho, sobre la base de costes económicos y descongestión de los tribunales²⁹. Ahí no está la esencia de esta medida. No se trata de disminuir o aumentar costes económicos, tampoco de descongestionar la labor de los tribunales, aunque indirectamente ello repercuta en ambos sentidos. De lo que se trata es de atribuir al notario lo que por naturaleza de su función le corresponde. El divorcio por mutuo consentimiento es un acto no contencioso, un negocio jurídico familiar, hoy día aceptado en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, potenciándose la autonomía privada, sin perder de vista que el divorcio, aun sin hijos menores de edad o incapacitados judicialmente, trasciende para la familia y también para la sociedad. El hecho de que hoy prevalezca la concepción del divorcio-remedio y no del divorcio-sanción, no privatiza al divorcio. La noción pública y social del Derecho de familia sigue prevaleciendo, pero no se olvide que la función notarial, es por naturaleza también pública y social, por ello el notario nicaragüense que a su vez también es abogado y que se siente más abogado que notario, tiene que tomar conciencia de los roles que le vienen atribuidos. Se asesora y se litiga como abogado, pero se cavila, se asesora y se asiste también como notario. Ciertamente, al decir de Figa Faura: «La formación de la voluntad negocial exige una asistencia humana y cordial, ética y jurídica, una actividad mayéutica; la configuración correcta y eficaz del negocio jurídico reclama actividades y conocimientos técnicos; su constatación y fijación indubitables postula la existencia de una fe pública, de una fuerte presunción legal de que lo afirmado es

²⁹ Así, en su fundamentación –más gremial que doctrinal–, en contra del divorcio ante notario, incluso, en los supuestos en que no existan hijos menos o incapacitados judicialmente, el profesor español Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 734, año 88, noviembre 2012, págs. 3352-3353.

Expresa que «no parece que la atribución a los notarios del divorcio por mutuo acuerdo fuera a suponer realmente un ahorro de costes temporales y económicos» (pág. 3355), lo que remata en sus conclusiones al argüir que «si la implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario no supone una gran descarga de trabajo, por el escaso número de procedimientos que se sustancian ante el Juez y por las pocas actuaciones que los mismos generan, y a su vez, tampoco evita la judicialización posterior del procedimiento, entonces no entendemos cuál es la virtualidad de la medida. En este contexto, no consideramos que se trate de una solución que aporte beneficio alguno al panorama actual. Quizá desde un planteamiento más amplio de reforma de la jurisdicción voluntaria, que se está abordando en la actualidad, puedan justificarse, desde un punto de vista conceptual, esta y otras medidas de atribución de procedimientos no contenciosos a funcionarios no judiciales. Sin embargo, la atribución de esta competencia a los notarios para descongestionar la Administración de Justicia no parece estar justificada» (pág. 3392).

cierto»³⁰. Como tal –o sea, como notario– ha de obrar con la objetividad que la función exige. No representa a ninguno de los cónyuges que recaban de él su asesoramiento o su consejo. No es postulante de ninguno de los cónyuges, es sencillamente notario, que ha de actuar con prudencia y con racionalidad. Como diría Carnelutti, el notario es un terapeuta y un higienista del Derecho «cuanto más consejo del Notario, cuanta más conciencia del Notario, cuanta más cultura del Notario, tanta menos posibilidad de litis; y cuanta menos posibilidad de litis, tanta menos necesidad del Juez»³¹.

De lo que se ha venido analizando en estas páginas es dable apuntar además que al notario se le ha encomendado una función que rebasa el contenido de lo puramente privado. Como antes, la Ley que da más utilidad a la institución del notariado, al atribuirle el conocimiento del matrimonio, el actual Código de Familia ha encontrado en el notario el resorte idóneo para dar seguridad a situaciones jurídicas familiares de medular trascendencia (entre ellas la declaración de hecho estable, instrumentada por escritura pública, *vid.* art. 84, entre otras).

Tal vez para otros ordenamientos jurídicos –como ya apunté–, el limitar la competencia del notario para conocer del divorcio por mutuo consentimiento, sin hijos menores o incapacitados judicialmente, a partir de los diez años de ejercicio del notariado, resulte impropio, pero en el contexto jurídico nicaragüense pudiera verse con buenos ojos, pues al tratarse de un notariado *numerus apertus*, de tal envergadura, que quizás sea uno de los notariados más numeroso del continente, o cuando no el primero, reduce el número de notarios competentes para conocer del divorcio, viabilizando los controles a tal fin, a la vez que permite que quien ejerza la función notarial sea un profesional con experiencia no solo en el desempeño del notariado, sino con vivencias prácticas. No se puede olvidar que el divorcio, aun cuando sea por mutuo consentimiento, supone una ruptura o frustración del proyecto de vida, en tanto que la familia es uno de los componentes esenciales en la vida de todo ser humano. No estaría de más que el notario nicaragüense se propusiera en su formación el conocimiento de la mediación o de la conciliación como vías alternativas para la solución de conflictos. Y no entro en una contradicción. Ciertamente el notario conoce del divorcio en el que en principio no hay conflictos, entiéndase estos conflictos en el orden netamente jurídico. Pero el divorcio en sí, lleva conflictos éticos, psicológicos, situacionales. Tiene el notario ahora el reto de dominar estas situaciones, de hacerlas lo más llevadera posible durante la o las audiencias notariales. No siempre quienes van en busca de consejo han tomado la decisión de disolver el vínculo matrimonial, o aun tomada esta decisión, no hay consenso aún sobre pensión alimenticia o pensión compensatoria –tal y como ya lo he expuesto–, y ahí juega una posición decisiva el notario. No se trata de llevar el divorcio como se puede hacer con un

³⁰ Luis FIGA FAURA, «La función social del notario», *Revista de Derecho Notarial*, n.º 79, enero-marzo 1973, pág. 9.

³¹ F. CARNELUTTI, «La figura jurídica...», *op. cit.*, pág. 147.

proyecto de contrato, o con un acta de referencia. En el ámbito familiar prevalecen los afectos, los sentimientos, los lazos de parentesco o de conyugalidad y estos no pueden ser tratados en los mismos términos y con las mismas técnicas con las que se trabaja en los sectores del Derecho privado patrimonial.

Esta novedad en el contexto nicaragüense que introduce el Código de Familia, es verdaderamente un desafío para el notario, que ha de sentirse y arroparse, ante todo, de la condición de notario ¿Pero se ha tomado conciencia de ello? ¿Acaso los miles de abogados que ejercen como plus la función notarial tienen verdadero conocimiento de lo que significa dar fe pública? «Con la fe pública ocurre algo análogo a lo que sucede con las armas del soldado. El pueblo las entrega a un hombre, bajo la sola fe de su palabra y sin más garantías que su virtud. El orden jurídico hace un depósito necesario de una y de otras»³². El notariado en Nicaragua necesita nuevos horizontes, y la confianza que se le atribuye por el Estado en esta ocasión debe encararla con el decoro y la dignidad de la que nos enorgullecemos. El reto está ahora en saber entrar a este terreno desconocido en el contexto de Nicaragua (como el que se estudia en estas páginas). Mi temor está en que en buena medida, cualquier precaución que se tome será poca, pues una derrota en este orden por desconocimiento, tendría efectos nefastos, impredecibles, en la seguridad dinámica del tráfico jurídico, tanto en el aspecto personal como patrimonial, con repercusión jurídica incalculable no solo para los divorciantes, sino también para los terceros que han de confiar en la certeza jurídica que la actuación del notario supone, o el reflejo de la realidad registral, sustentada en buena medida en los documentos públicos notariales, dotados de fe pública, que circulan en el tráfico jurídico. Tómese de alerta, si en algo le sirve al notariado nicaragüense, la fábula de la zorra y el cangrejo de mar³³. Solo una actuación prudente y precavida, le evitaría tener el mismo destino que el del cangrejo de mar.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

CARNELUTTI, Francesco, «La figura jurídica del Notariado», conferencia pronunciada en la Academia matritense del notariado, el 17 de mayo de 1950, en Leonardo B. Pérez

³² Eduardo J. COUTURE, «El concepto de fe pública», en Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo (dirs.), *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, serie 1, Lima, Gaceta Notarial, 2011, pág. 119.

³³ «Queriendo mantener su vida solitaria, pero un poco diferente a la ya acostumbrada, salió un cangrejo del mar y se fue a vivir a la playa.

Lo vio una zorra hambrienta, y como no encontraba nada mejor para comer, corrió hacia él y lo capturó.

Entonces el cangrejo, ya listo para ser devorado exclamó:

—¡Merezco todo esto, porque siendo yo animal del mar, he querido comportarme como si fuera de la tierra!

Si intentas entrar a terrenos desconocidos, toma primero las precauciones debidas, no vayas a ser derrotado por lo que no conoces».

- Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo (dirs.), *Lecturas esenciales de Derecho notarial*, serie 1, Lima, Gaceta Notarial, 2011.
- COUTURE, Eduardo J., «El concepto de fe pública», en Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo (dirs.), *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, serie 1, Lima, Gaceta Notarial, 2011.
- CUEVAS CASTAÑO, José Javier, «Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento», *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado español, n.º 137, julio-diciembre 1987.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, «El carácter profesional del notario. Una perspectiva», *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo general del notariado, julio-septiembre 2000.
- FIGA FAURA, Luis, «La función social del notario», *Revista de Derecho Notarial*, n.º 79, enero-marzo 1973.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «Aplicación por el notario de la equidad», en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coords.), *Derecho Notarial*, tomo I, La Habana, Félix Varela, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, «Prólogo» al libro del profesor Yuri Vega Mere, *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*, 3.ª edición, aumentada y actualizada, Lima, Motivensa, Editora jurídica, 2009.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 734, año 88, noviembre 2012.
- NAVARRO AZPEITIA, Valentín Fausto, «Reflexiones acerca de la naturaleza de la función notarial», *Revista de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado español, n.º 77 y 78, julio-diciembre 1972.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge, *Manual de Derecho Civil – Personas, familia y derecho de sucesiones*, Bogotá, Temis, 2007.
- PELOSSI, Carlos A., *El documento notarial*, 3.ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Un “fantasma” recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo ante notario», *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, tomo 183, febrero 2009 y *Revista de Derecho de Familia*, n.º 43, Madrid, abril-junio 2009.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «El notario: función privada y función pública: su inescindibilidad», *Revista de Derecho Notarial*, Colegios notariales de España, n.º 107, enero-marzo 1980.
- , «El notario y el documento notarial», *Revista de Derecho Notarial*, Colegios notariales de España, n.º CXX, abril-junio 1983.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «La función notarial», *Revista de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado español, n.º 124, abril-junio 1984.
- , «Determinación negocial del Derecho», en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coords.), *Derecho Notarial*, tomo I, La Habana, Félix Varela, 2009.

FUENTES LEGALES

RUIZ ARMÍJO, Aníbal, *Ley del Notariado y legislación conexas*, Managua, U.C.A., 2007.

- Ley n.º 11411/2007 de 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley n.º 5869/1973 de 11 de enero (Código de Procedimiento Civil), posibilitando la realización de inventario, partición, separación consensual y divorcio consensual por vía administrativa en el Brasil y la Resolución n.º 35 de 24 de abril del 2007 del Consejo Nacional de Justicia que disciplina la aplicación de dicha ley para los servicios notariales y de Registro.
- Ley n.º 962/2005 de 8 de julio, publicada en el *Diario Oficial*, n.º 46023, de 6 de septiembre de 2005 y el Decreto n.º 4436 de 28 de noviembre del 2005 del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia, sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, complementario del art. 34 de la Ley anterior.
- Decreto Supremo n.º 1404, Ley Notarial del Ecuador, de 26 de octubre de 1966 (modificada y actualizada a 1 de enero del 2007), contenida en *Leyes: Registro y Notarial, Legislación conexas y concordancias*, 2.ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.
- Ley n.º 29227/2008 de 15 de mayo, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior de las municipalidades y notarías en el Perú, publicada en el *Boletín Oficial de normas legales de El Peruano*, año XXV, n.º 10233, de 16 de mayo del 2008, complementada por el Decreto Supremo 009-2008-JUS, Reglamento de la Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, de 12 de junio del 2008, publicado en el *Boletín Oficial de normas legales de El Peruano*, año XXV, n.º 10261, de 13 de junio del 2008.
- Ley *De las Notarías Estatales*, Ley n.º 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento*, contenido en la Resolución n.º 70/1992 de 9 de junio, del Ministro de Justicia.
- Decreto Ley n.º 154/1994 de 6 de septiembre, *Del divorcio notarial*, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, n.º 13, de 19 de septiembre de 1994, y su Reglamento, contenido en la Resolución n.º 182/1994 de 10 de noviembre, del Ministro de Justicia.
- Código Civil de la República de Nicaragua*, 4.ª edición, Editorial Jurídica s. l., 1999.
- Código de Familia de Nicaragua*, Ley n.º 870 de 24 de junio de 2014, aprobado por la Asamblea Nacional con mociones incorporadas, versión de 2014, Comisión de Justicia y asuntos jurídicos (en soporte digital).