



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL

**UN NUEVO MODELO DE DIVORCIO O DESVINCULACIÓN
NOTARIAL EN BOLIVIA**

**Tesis presentada para optar el
Grado Académico de Magister
en Derecho Notarial**

MAESTRANTE: MÓNICA LIMACHI ROSAS

Sucre - Bolivia

2022

DEDICATORIA

A, DEDICO ESTE PROYECTO, A DIOS Y MI FAMILIA QUIENES ESTUVIERON PRESENTES EN EL CAMINAR DE MI VIDA, BENDICIENDOME Y DANDOME FUERZAS PARA CONTINUAR CON MIS METAS TRAZADAS SIN DESFALLECER.

AGRADECIMIENTO

AGRADEZCO, A TODOS LOS PROFESIONALES DOCENTES DE ALTO NIVEL, A QUIENES HAN COMPARTIDO SUS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIAS, POR PREPARARNOS Y FORMARNOS PARA TENER MÁS CAPACIDAD EN NUESTRO EJERCICIO PROFESIONAL PARA LOGRAR UN SERVICIO CON MAYOR EXELENIA A NUESTRA SOCIEDAD.

RESUMEN

La presente investigación tiene como principal objetivo proponer un nuevo modelo de procedimiento notarial de divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo, para lograr el descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia. Se parte de que aún regulado normativamente el divorcio notarial en Bolivia, con un propósito desjudicializador del divorcio y la desvinculación, este fin no se ha conseguido. Se precisa entonces, perfeccionar el modelo jurídico para lograr los objetivos descongestionadores del sistema judicial de familia que se pretenden.

La perspectiva del estudio se enfoca desde la óptica notarial, y desde la teoría de la jurisdicción voluntaria y el divorcio por mutuo acuerdo como parte de ella. Resulta una investigación jurídico propositiva con enfoque mixto, que parte del paradigma sociocrítico, con un diseño no experimental.

Palabras claves: jurisdicción voluntaria, divorcio notarial, competencias notariales

SUMMARY

The main objective of this research is to propose a new model of notarial procedure for divorce or notarial separation by mutual agreement, in order to decongest the family judicial system in Bolivia. It is assumed that, even though notarial divorce is regulated by law in Bolivia, with the purpose of de-judicializing divorce and separation, this end has not been achieved. It is therefore necessary to perfect the legal model to achieve the decongestant objectives of the family judicial system that are intended.

The study's perspective is approached from the notarial point of view, and from the theory of voluntary jurisdiction and divorce by mutual agreement as part of it. It is a propositional legal investigation with a mixed approach, which starts from the socio-critical paradigm, with a non-experimental design.

Keywords: voluntary jurisdiction, notarial divorce, notarial powers

ÍNDICE GENERAL

1	INTRODUCCIÓN	1
1.1	Antecedentes	3
1.2	Planteamiento del problema	5
1.2.1	Identificación del problema	5
1.2.2	Formulación del Problema de Investigación	5
1.3	Objetivos.....	6
1.3.1	Objetivo general.....	6
1.3.2	Objetivos específicos	6
1.4	Justificación	6
1.4.1	Justificación técnica	6
1.4.2	Justificación económica	7
1.4.3	Justificación social	7
1.5	Alcance	7
1.5.1	Alcance temático	7
1.5.2	Alcance geográfico	8
1.5.3	Alcance temporal	8
1.6	Estrategia metodológica	8
1.6.1	Diseño y tipo de investigación	8
1.6.2	Técnicas	11
1.6.3	Universo y muestra	12
1.6.4	Estrategias de Investigación	12
	CAPÍTULO I.....	13
1	El principio de desjudicialización y sus fundamentos.....	13
1.1	Jurisdicción voluntaria y función notarial.....	14

1.2	Origen de la Función Jurisdiccional	15
1.3	Naturaleza y contenido de la función jurisdiccional.	16
1.3.1	Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.	16
1.3.2	Distinción y efectos.....	19
1.3.3	La administración de justicia en la jurisdicción voluntaria	22
1.4	Naturaleza y contenido de la función notarial	28
1.4.1	El Notario dentro del orden jurídico	31
1.5	Reflexiones sobre la competencia notarial en materia de jurisdicción voluntaria	34
1.5.1	Cuestiones que se suscitan a favor o en contra	34
	CAPÍTULO II.....	40
2	Análisis crítico de la normativa nacional y de derecho extranjero referida al divorcio notarial por mutuo acuerdo	40
2.1	El divorcio notarial por mutuo acuerdo en el Nuevo Código de las Familias y la Vía voluntaria notarial	40
2.1.1	La vía voluntaria notarial.....	44
2.1.2	Características de la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo según la Ley 483 del Notariado Plurinacional.....	45
2.2	El divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. Un estudio de derecho comparado	47
2.2.1	Sociología del divorcio: algunos estudios relevantes.....	47
2.2.2	Estudio del derecho extranjero sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante Notario 48	
2.2.2.1	El divorcio por mutuo acuerdo en el Perú.....	48
2.2.2.2	El divorcio por mutuo acuerdo en Cuba	52
2.2.2.3	El divorcio por mutuo acuerdo en Brasil	56

2.2.2.4	El divorcio notarial en Colombia	57
2.2.2.5	Ecuador y el divorcio por mutuo acuerdo	59
2.2.2.6	Consideraciones finales sobre análisis del derecho extranjero consultado	60
CAPÍTULO III.....		63
3	Análisis y procesamiento de la información	63
3.1	Recolección, presentación, análisis e interpretación de los datos	63
3.2	Encuesta.....	72
3.2.1	Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos con la encuesta.	75
3.3	Diagnóstico	79
CAPÍTULO IV		80
4	PROPUESTA	80
4.1	Fundamentos.....	80
4.2	La propuesta concreta: Un nuevo modelo de procedimiento notarial de divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo, para lograr el descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia	84
4.3	Mapa mental de influencias sobre el nuevo Modelo de procedimiento notarial de divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo, para lograr el descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia	87
CONCLUSIONES		90
RECOMENDACIONES.....		93
BIBLIOGRAFÍA.....		94

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Tabla de especificación.....	66
Tabla 2: Participantes en la prueba piloto	68
Tabla 3: Estudios de posgrado de la prueba piloto	68
Tabla 4: Resultados del análisis de fiabilidad	69
Tabla 5: Tipo de pregunta para cada Ítems	70

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Comportamiento de Opciones por preguntas.....	75
Gráfico 2: Comportamiento de la valoración (expresada en moda) de cada opción de pregunta.....	75
Gráfico 3: % Pregunta 1.....	76
Gráfico 4: % Pregunta 2.....	77
Gráfico 5: % Pregunta 3.....	77
Gráfico 6: Mapa mental influencias Nuevo Modelo de Divorcio Notarial sin restricciones.....	88
Gráfico 7: Nuevo modelo de divorcio notarial sin restricciones legales	89

1 INTRODUCCIÓN

La familia, como formación social, tiene la fundamental función de propiciar que el individuo dentro de su seno, desarrolle su propia personalidad, integrando los derechos familiares que la ley recoge, -incluidos los que dimanen del matrimonio- como propios del hombre.

No obstante, en la actualidad ocurre un proceso de vaciado de los contenidos institucionales del matrimonio, que transita desde la liberalización de los procesos de divorcios, y las soluciones consensuadas, a fin de evitar la dramatización de los pleitos matrimoniales, la proliferación y reconocimiento de las uniones de hechos, hasta las uniones matrimoniales de parejas del mismo sexo.

La nueva regulación de la institución del divorcio en la legislación familiar boliviana indica que se está operando un cambio significativo de la concepción del matrimonio como vínculo, hacia la de un hecho afectivo juridificado.

No obstante a que la tendencia actual apunte al fortalecimiento de una orientación voluntarista y contractual del matrimonio, esta institución, no es de manera exclusiva, una figura estrictamente privada, sino que trasciende de la misma en cuanto afecta a la sociedad y tiene por tanto una vertiente pública.

En esa vertiente pública se encuentra el divorcio para lo que el Nuevo Código de las Familias en Bolivia propone una renovación profunda.

Esa renovación parte de la necesidad de lograr un proceso de divorcio o desvinculatorio rápido, sin dilaciones indebidas que permita a las familias solucionar de la mejor manera posible y con urgencia las crisis matrimoniales sin solución.

El sistema de causales que había impuesto el derogado Código de Familia, hacía del proceso de divorcio un calvario insoportable para los cónyuges que tenían que probar ante el Juez de Familia correspondiente, la casual que les permitía oficializar el divorcio.

De ese sistema de causales diversas, el nuevo Código de las Familias ha pasado al establecimiento de una sola causal para el divorcio: la ruptura del proyecto de

vida en común. Teniendo como punto de partida esta única causa, puede tramitarse la acción de divorcio o desvinculatorio de mutuo acuerdo, o por voluntad de una de las partes.

La importante modificación del sistema de casuales establecidas en el Código de Familia derogado, conduce a serias reflexiones sobre si el régimen actual es casualista o no.

Debe entenderse que el régimen causalista de divorcio o desvinculación se mantiene. Ahora se concentra en una única causa, la inexistencia de un proyecto de vida en común, que no será necesario probar para lograr el divorcio o desvinculación; sin embargo, la alegación de la causa sigue siendo imprescindible como fundamento de hecho que sostiene la acción.

Además, el régimen de divorcista se ve modificado por la entrada del procedimiento de divorcio o desvinculatorio por mutuo acuerdo que podrá ser judicial o notarial; sin embargo, en el segundo caso, tanto el Código de las Familias como la Ley 483 del Notariado Plurinacional restringen la competencia notarial hasta convertir el articulado en letra muerta.

Es cierto que el diseño del procedimiento de divorcio judicial por mutuo acuerdo agiliza la consecución del mismo, pero también es cierto que con ello, el Juez de familia sigue ocupándose de cuestiones que le son ajenas, como es el caso de homologar o autenticar determinado convenio regulador del divorcio que las partes acuerdan teniendo en cuenta los requisitos de ley.

En consecuencia, los jueces de familia se saturan de trabajo tramitando miles de expedientes de divorcios por mutuo acuerdo en el año, tiempo que pudieran dedicar a otros asuntos litigiosos que merecen más de su atención que la homologación de un acuerdo de divorcio ya consensuado. Conclusión, aunque se ha logrado la agilización del trámite de divorcio, no se logra el descongestionamiento –tan ansiado– de los juzgados de familia con la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo.

1.1 Antecedentes

En este ámbito de desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo la pionera fue Cuba, que en 1937 por Ley de 17 de Diciembre determina la competencia notarial para los trámites de divorcio por mutuo acuerdo de parejas que así lo decidieran voluntariamente, manteniendo la competencia compartida con el Juez competente.

Luego de tal inicio, que fue furtivo, a finales del siglo pasado y primera década del este siglo, en América explota un acontecer normativo en tal sentido, que sirve de antecedente al divorcio notarial boliviano:

Decreto-Ley N° 154/1994 de 6 de septiembre sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario en Cuba.

En México el Código Civil federal del año 2000 reguló un divorcio, llamado divorcio administrativo, que autoriza el juez encargado del registro civil.

Ley N° 962/2005 de 8 de julio y el Decreto N° 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

Ley N° 2006-62, reformatoria a la ley notarial ecuatoriana, publicada en el Registro Oficial, N° 406, del 28 de noviembre de 2006, en la que se atribuye competencia a los notarios públicos sobre divorcios por mutuo acuerdo.

Ley N° 11411/2007 de 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley N° 5869/1973 de 11 de enero (Código de Procedimiento Civil), posibilitando la separación consensual y divorcio consensual por vía administrativa en el Brasil.

Ley N° 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.

En todos los ordenamiento normativos hay matices diferentes que se ajustan al acontecer de cada país, pero con un elemento común y compartido: el descongestionamiento de la actividad jurisdiccional con la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo y el traspaso de competencias al Notario, como un fiel reflejo de la confianza que los legisladores atribuyen a la figura del Notario,

garante de la seguridad jurídica preventiva, autor de un documento que disfruta de autenticidad de fondo, formal y corporal que se fundamenta en un control de legalidad y de equidad ineludible.

Todo lo que se refiere a la jurisdicción voluntaria es extraño a los órganos judiciales por cuanto son asuntos en los cuales no existe contienda, en que el juez desempeña un papel meramente pasivo y en que, aun cuando la ley lo someta a su conocimiento, la actuación del juez es semejante a la de los demás funcionarios públicos, lo que hace que esta actividad judicial voluntaria ejercida en esta forma, sea netamente de orden administrativo.

En los procesos de divorcio por mutuo acuerdo no se administra justicia, porque si se presentase cualquier divergencia entre los cónyuges que no permita sostener los acuerdos incorporados en la petición conjunta que han presentado, el trámite se entenderá desistido y el divorcio tendría que iniciarse nuevamente como un procedimiento causal de divorcio, para lograr conseguir la extinción del vínculo matrimonial judicialmente.

De esa manera y a pesar de que la materia de familia es de orden público y extremadamente sensible para la sociedad, es que puede definirse que al no administrarse justicia en estos procesos por mutuo acuerdo, este tipo de procedimientos podría ser de conocimiento notarial, es decir, pudieran pasar a competencia notarial, teniendo en cuenta que al igual que sucede en los procesos de la mal llamada jurisdicción voluntaria, solo se le ofrece por la jurisdicción un conducto para legalizar el acuerdo de partes ya concebido.

La implementación del divorcio en sede notarial, ordenado por la Ley 483 del Notariado Plurinacional, y el artículo 206 del Código de las Familias tomando en cuenta la necesidad de conservar la unidad y armonía familiar, como base de formación de la sociedad boliviana; se constituye en procedimiento válido y facilitador; toda vez que permite que el divorcio sea un proceso más simple y pacífico, y por ende menos traumático para cada uno de los miembros que conforman la familia, reduce notablemente los plazos de tramitación del mismo, otorga la solemnidad, seguridad jurídica y discreción que dicho proceso requiere, como también contribuye a descomprimir el sistema judicial.

En el orden técnico jurídico nada impide que el Notario disfrute de esas competencias sobre el divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo notarial. Es un profesional del derecho, investido de fe pública, que convierte en verdad pública los derechos que nacen de los actos de los particulares, autor de un documento auténtico con poder legitimador, ejecutivo y de prueba plena; que actúa en la normalidad jurídica, oficiando la seguridad jurídica preventiva. No hay motivo –entonces- para sustentar una prevalencia de la función judicial sobre la notarial.

1.2 Planteamiento del problema

1.2.1 identificación del problema

El problema se identifica en el contrasentido que ha surgido de la desjudicialización del divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo, que en lugar de conducir a descomprimir el sistema judicial familiar en el país como era esperado, ha provocado un congestionamiento de los juzgados de familia que en la actualidad tramitan muchos más divorcios por mutuo acuerdo sin que sea necesario en estos casos administrar justicia y sí homologar los acuerdos a que han llegado las partes si cumplen con los requisitos de ley exigidos al efecto.

Por ello, es preciso definir un concepto que será utilizado en la tesis en adelante, y es el de **sistema judicial de familia en Bolivia**. Sistema judicial de familia en Bolivia se denomina al conjunto de juzgados de familia del país.

Con los límites impuestos a tal procedimiento notarial por la Ley 483 del Notariado Plurinacional y por el artículo 206 del Código de las Familias, el procedimiento desjudicializado se convierte en una quimera y las normas que a él se refieren en letra muerta.

1.2.2 Formulación del Problema de Investigación

El problema científico de esta investigación es el siguiente:

¿Cómo remodelar el procedimiento de divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo para que conduzca al descongestionamiento eficiente del sistema judicial de familia en Bolivia?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Proponer un nuevo modelo de procedimiento notarial de divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo, para lograr el descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia

1.3.2 Objetivos específicos

1. Definir los fundamentos teóricos de la investigación, jurisdicción voluntaria, la función notarial y el divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo en el ámbito de la desjudicialización que conduce al descongestionamiento judicial
2. Analizar críticamente la normativa nacional y de derecho extranjero sobre el divorcio o desvinculación notarial
3. Diagnosticar sobre los criterios de la comunidad jurídica nacional acerca del perfeccionamiento del divorcio o desvinculación notarial y su incidencia en el logro del descongestionamiento judicial de familia
4. Sistematizar los fundamentos teóricos, doctrinales y normativos que avalan el perfeccionamiento de la competencia notarial en asuntos de divorcio o desvinculatorios por mutuo acuerdo

1.4 Justificación

1.4.1 Justificación técnica

El proceso reformador del nuevo Código de las Familias tiene como objetivo primordial, además de la reformulación del derecho de familia en razón de los nuevos principios emanados de la Constitución Política del Estado 2009, el diseño de un proceso justo y ágil para los temas de familia que resulta del mandato constitucional del artículo 115 II que reconoce el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

En razón de obtener un diseño procesal ágil y sin dilaciones es que se intenta tomar medidas para desjudicializar algunos procedimientos en los que el Juez no administra justicia y solo se desempeña en su función administrativa, como el

divorcio notarial por mutuo acuerdo; sin embargo, dadas sus restricciones, se pone en duda que pueda realmente cumplir su misión al respecto.

1.4.2 Justificación económica

La justificación económica radica precisamente en que el divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo resulta menos costoso para las partes y para el Estado.

Las partes se evitan los gastos de la asistencia letrada, y para el Estado es menos costosa la tramitación notarial que mantener todo el aparato judicial necesario para el mismo proceso. La función notarial implica una función pública que es ejercida privadamente por lo que los costes de tramitación en ese caso recaen sobre el Notario y no sobre el Estado.

1.4.3 Justificación social

La presente investigación se justifica socialmente por el interés que emana para la familia, el poder disolver el vínculo matrimonial o de unión libre en el ámbito pacífico y acogedor de una Notaria de Fe Pública y la necesidad de que esa posibilidad -para ser eficaz y efectiva socialmente- sea acompañada por la definición –igualmente en escritura pública- de los efectos del divorcio o desvinculación.

1.5 Alcance

1.5.1 Alcance temático

El alcance temático se fija dentro del Derecho de Familia y Derecho Notarial, porque se trata de resolver la situación paradójica a que conduce la entrada en vigor de la tramitación notarial del divorcio por mutuo acuerdo a partir de la promulgación del Nuevo Código de Las Familias. Por ello, este estudio parte del análisis del divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo y su correspondencia con la jurisdicción voluntaria para probar la correspondencia de este trámite con dicha jurisdicción.

Luego, en ese mismo ámbito de derechos se hace un estudio comparado para probar la eficiencia del divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo en otros países, intentando probar la correcta fundamentación del legislador

boliviano para la desjudicialización del divorcio o desvinculación y cuáles son las características esenciales a la desjudicialización en otros países que no han sido tenidas en cuenta en Bolivia, razón por la cual, la misma no conduce al descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia.

Por último, en ese ámbito de derechos, se compendian una serie de elementos jurídicos que serían imprescindibles para servir de bases jurídicas de una ampliación de la competencia notarial en asuntos de divorcio o desvinculatorios por mutuo acuerdo, que acarree como efecto fundamental el tan ansiado descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia.

1.5.2 Alcance geográfico

La investigación se desarrolla para tratar un asunto de carácter nacional y resolver un problema de tipo interno, como es la desjudicialización del divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo en Bolivia. Por ello se circunscribe a ese alcance geográfico. Lo que implica que los resultados obtenidos conforman una propuesta que está dirigida a provocar el descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia.

1.5.3 Alcance temporal

El estudio se realiza entre los años 2015-2021.

Se toman estos años precisamente porque el 6 de agosto del 2015 entra en vigor el nuevo Código de las Familias y del Proceso Familiar que trae consigo la desjudicialización del divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo teniendo con ello el objetivo fundamental de descongestionar el sistema judicial de familia y que corresponde con la regulación de la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento que autoriza la competencia sobre el divorcio o desvinculación notarial

1.6 Estrategia metodológica

1.6.1 Diseño y tipo de investigación

El presente perfil de investigación es de tipo analítico-dogmático-descriptivo, empírico-causal y propositivo. Se parte del paradigma sociocrítico mixto que se

caracteriza por la pluralidad de métodos de investigación utilizados para abordar el problema.

Según Álvarez Undurraga , si se acepta el pluralismo metodológico para investigar el derecho, y se rechaza el punto de vista lógico- formal como el único y excluyente método para el derecho, se puede definir el método jurídico como un conjunto de procedimientos intelectuales y eventualmente materiales, ordenados de acuerdo con un plan racional –sistema de reglas– preestablecido, que en un campo de conocimiento dado se aplican como medio para alcanzar cierto fin de conocimiento puro o de realizaciones prácticas (interpretar o medir eficacia social del discurso jurídico); procedimientos que en su ejercicio y resultados (praxis) logran acreditar intersubjetivamente su efectividad con dicho fin, para los ojos de un determinado cálculo de conocedores (profesionales del derecho) que se guían por el saber teórico –sistemático– disponible (ciencia jurídica normal). (Alvarez Undurraga, 2002, 36)

Por lo tanto, se puede observar que resulta para la investigación jurídica el equilibrio de los dos tipos de investigación jurídica: el documental y el empírico, sólo de esta forma armonizando sus métodos y técnicas se puede alcanzar el objetivo que sería generar un nuevo conocimiento jurídico, enfoque o perspectiva del conocimiento jurídico anterior.

Se utilizan los siguientes métodos:

Método de investigación bibliográfica documental y dogmática.- La investigación utiliza el método de investigación bibliográfica, que permitió recopilar toda la información teórica.

La investigación documental depende fundamentalmente de la información recogida o consultada en documentos o cualquier material impreso susceptible de ser procesado, analizado e interpretado.

Por otra parte, la investigación jurídica dogmática es aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica, o estructura legal en cuestión.

Es un método teórico formal que se utiliza para poner en contraposición las teorías jurídicas fundamentales que abonan la temática en estudio. Su técnica de investigación es documental y sus conclusiones apuntan a demostrar el sentido de leyes, jurisprudencia y doctrina de autores.

Como resultado se tiene la conformación de un marco teórico-crítico de las consideraciones más importantes que sobre el tema en estudio ha elaborado la más autorizada doctrina nacional e internacional.

Método lógico deductivo.- Es un procedimiento que parte de una conclusión, ley o principio general y desciende a los casos particulares, secuencias y aplicaciones. El análisis lógico va de lo general a lo particular.

Se ha utilizado el método lógico deductivo para intenta verificar la deducción lógica del proceso de investigación del problema planteado y de lo afirmado en la hipótesis. Como resultado se obtiene una teoría argumentada sobre la naturaleza jurídica del divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo y su pertenencia a competencia notarial.

El método deductivo es un método científico que considera que la conclusión se halla implícita dentro de las premisas. Esto quiere decir que las conclusiones son una consecuencia necesaria de las premisas: cuando las premisas resultan verdaderas y el razonamiento deductivo tiene validez, no hay forma de que la conclusión no sea verdadera.

Cuando el estudio es empírico causal, pondrá el acento en la eficiencia de la norma ante el hecho, problema o persona regulados y buscará determinar si se cumple o no con las finalidades sociales que legislador aseguró a la institución o norma jurídica en cuestión.

Método de derecho comparado: Permite elaborar juicios que pueden mantenerse a través del estudio comparado de las legislaciones extranjeras seleccionadas. Este método consiste en el estudio histórico y jurídico del derecho extranjero que resulta indispensable en múltiples aspectos.

Fundamentalmente en este estudio se utiliza como método que tributa a los fines de la técnica legislativa, teniendo en cuenta dos perspectivas:

1. En primer lugar, el conocimiento del derecho extranjero permite al legislador valerse de la experiencia adquirida en otros ordenamientos jurídicos.
2. Por otro lado, los diversos sistemas jurídicos en el curso de su evolución, pasan por fases y afrontan problemas que en sistemas más desarrollados se plantearon precedentemente. Naturalmente, esta utilización del precedente extranjero ha de realizarse con gran cautela, teniendo en cuenta las diferencias que existen entre las estructuras políticas, económicas y sociales subyacentes en los diversos sistemas jurídicos

Este método permite que el investigador forme un conjunto de juicios generalizados de derecho comparado sobre el tema en estudio y pueda -desde una perspectiva crítica- valorar la propuesta nacional en tal sentido.

Método de estudio de caso jurídico: Se utiliza para abordar el caso de la desjudicialización querida y no lograda desde lo cualitativo y holístico, tratando de encontrar causalidades en cuanto al divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo en Bolivia

Método estadístico: Se utiliza la estadística para corroborar la ineficacia de la desjudicialización en el ámbito del divorcio por mutuo acuerdo en el país.

1.6.2 Técnicas

Las técnicas utilizadas son:

- a) Análisis documental, fichas bibliográficas, para recoger y analizar la información dogmática necesaria al estudio
- b) comparación normativa del derecho extranjero, dentro del método de derecho comparado, en el estudio del derecho extranjero, para conformar una serie de juicios generalizados sobre el tema estudiado.
- c) estudio de caso jurídico, para el estudio crítico sobre el caso jurídico del divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo en Bolivia
- d) el cuestionario, para tener en cuenta la opinión de los que intervienen en la aplicación de la norma jurídica boliviana del divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo, en calidad de expertos en el tema y obtener así, información empírica-causal del asunto en estudio.

e) el análisis estadístico para procesar los datos obtenidos

1.6.3 Universo y muestra

Para la aplicación del cuestionario la muestra está constituida por juristas notarios, jueces y abogados en el ejercicio libre en materia civil del eje troncal, 240 en total, 80 de cada departamento (Santa Cruz, La Paz, Cochabamba). La muestra es no probabilística.

1.6.4 Estrategias de Investigación

El procedimiento de investigación está fundamentado en el método propio de las Ciencias Jurídicas: el método dogmático; en combinación con el método empírico-causal, aceptando el pluralismo metodológico para investigar en derecho, en tal razón parte de un enfoque mixto, un tipo de investigación propositiva, dentro del paradigma sociocrítico.

Se elaboró un cuestionario que se sometió a un proceso de validación por expertos y se demostró su fiabilidad a través del índice alfa de cronbach, luego de su conformación final fue utilizado para encuestar a una muestra no probabilística de 240 notarios, jueces y abogados que trabajan en el área que se investiga, y que poseen especialización en derecho.

El informe de investigación está estructurado en cuatro capítulos que se corresponden con los objetivos propuestos; además, se ofrecen un conjunto de conclusiones y recomendaciones que pretenden introducir los resultados que esta investigación propone.

CAPÍTULO I

La desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo para descongestionar los estrados judiciales de familia. Sus fundamentos teóricos

Este capítulo tiene la intención de construir los fundamentos teóricos del principio de desjudicialización en el área de familia, y especialmente en el ámbito del procedimiento de divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo, demostrando que desde el ámbito teórico doctrinal, no existe obstáculo alguno para que la función notarial pueda asumir la tramitación de tales procedimientos, cuando hay acuerdo de partes.

1 El principio de desjudicialización y sus fundamentos.

El principio de desjudicialización fundamenta una política de renovación procesal intensa que ha tenido lugar dentro del proceso judicial en general, y en el proceso familiar, en especial; y que tiene como contenido fundamental lograr descongestionar la función jurisdiccional de aquellos procedimientos en los que el juez no administra justicia, que restan esfuerzos y atención a la autoridad judicial, para que éste tenga mayor disponibilidad en la resolución de otros casos de mayor gravedad, en los que precisa resolver litigios entre partes.

Sin embargo, la desjudicialización no tiene únicamente tales propósitos, sus iniciativas tienen una intención pedagógica -además-, que consiste en que las partes aprendan a gestionar sus conflictos y a llegar a un acuerdo que lo solucione sin deteriorar definitivamente las relaciones personales entre ellos, conservando la paz social y familiar, porque -sin dudas- estas decisiones tomadas conjuntamente se adaptarán mucho mejor a la justicia del caso, al tener en cuenta las necesidades de cada una de las partes involucradas en el conflicto.

Aquellos procedimientos en que el juez no administra justicia porque no resuelve litigio alguno, sino que autentica hechos y legitima situaciones jurídicas, son el contenido de lo que procesalmente se reconoce como la jurisdicción voluntaria. Por ello, el concepto de jurisdicción voluntaria está íntimamente relacionado con el principio de desjudicialización que ha seguido el ámbito procesal internacional

desde hace unos años, y que propone una renovación del proceso judicial en todos sus órdenes.

Por otra parte, en el ámbito extrajudicial de los derechos, existe un profesional jurídico, el Notario, dotado de habilitación por el Estado para ofrecer la fe pública a los derechos que nacen de los actos de los particulares, y en ese sentido, la experiencia de las reformas procesales ocurridas en el ámbito jurídico han hecho resaltar la aptitud de la función notarial para acoger -dentro de sus atribuciones- determinados trámites de la denominada jurisdicción voluntaria; y por ello, igualmente el contenido de la función notarial y sus atribuciones se convierte en un elemento fundamental a tener en cuenta entre los fundamentos teóricos del tema.

1.1 Jurisdicción voluntaria y función notarial

Ha sido muy discutida la cuestión de si la jurisdicción voluntaria envuelve en realidad actividad de carácter jurisdiccional o si por el contrario, por no tener esa naturaleza, las materias por ellas comprendidas, deberían encargarse específicamente a órganos administrativos o a los notarios para integrar la función que éstos desempeñan en la legitimación de las relaciones jurídicas.

El notario y el Juez son imparciales y objetivos en sus actos, en los que intervienen como funcionarios; se orientan por la verdad y la realidad sin subjetivismos: El testimonio fehaciente del notario imprime autenticidad a las formas notariales, asegura veracidad.

Es por ello, que el notariado boliviano ha considerado como posible que trámites de al antigua jurisdicción voluntaria judicial, sean traspasados a atribución notarial, pero dentro de un criterio medido y prudente que no invada la competencia de los jueces y tribunales, ni de la administración, ni la de otros profesionales.

En ese sentido se interesa este estudio por profundizar en los conceptos de jurisdicción voluntaria, función notarial, sus diferencias con la función jurisdiccional, y la idea de atribución de funciones al Notario en lallamadavía voluntaria notarial,

1.2 Origen de la Función Jurisdiccional

Antiguamente se utilizaba como medio de solución de conflictos la venganza personal, conocida igualmente por justicia por mano propia, que con el devenir del tiempo fue sustituida por una forma más evolucionada e institucionalizada de solución de conflictos, que en el derecho procesal se reconoce como heterocomposición.

La heterocomposición está mediada por un tercero imparcial que tiene atribuida la misión por parte del Estado de la búsqueda de la verdad en los conflictos para lograr una solución adecuada.

Es entonces, el Estado el máximo responsable de la organización y sostenimiento del aparato judicial del estado que tiene atribuida la función jurisdiccional.

Se repasan algunos criterios que sobre la función jurisdiccional ha emitido reconocidas autoridades sobre el tema en la doctrina;

Eduardo Couture, piensa que la función jurisdiccional es aquella,

Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución. (Couture, 1976, 31)

Rocco, citado por Couture, define la función jurisdiccional como sigue:

Entendemos por jurisdicción la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se sustituye a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando mediante el uso de su fuerza

coercitiva, en vez de titular del derecho, directamente a aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada. (Couture, 1976, 32)

La Constitución, ordena que corresponde al Órgano Judicial la potestad de administrar justicia a través de su órganos y determina, además, la independencia en ejercicio de la función jurisdiccional.

Ha expresado Caravantes, citado por Eduardo B. Carlos, que la jurisdicción es la potestad pública de conocer y fallar los asuntos conforme a ley, o sea, la facultad atribuida al poder judicial para administrar justicia. (Carlos, 1963, 1035)

Hay que precisar entonces que la jurisdicción es una facultad del Juez, pero igualmente resulta en una obligación, porque después que el proceso es iniciado el Juez adquiere la obligación de impartir justicia en el caso específico que se somete a su consideración.

En algún sentido se trata a la jurisdicción como ámbito territorial, confundiéndosele con la competencia en razón del territorio, conceptos que difieren sustancialmente.

La voz jurisdicción deriva de la expresión latina *jus dicere* que significa declarar el derecho, y la palabra competencia procede del latín *cum petere* que quiere decir corresponder, pertenecer.

La competencia denota un poder legal atribuido a un órgano del Estado o de otra institución por él reconocida, para actuar, decidir o ejecutar un poder sea jurisdiccional o no, según Bielsa.

1.3 Naturaleza y contenido de la función jurisdiccional.

1.3.1 Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

Jurisdicción, es una palabra que deriva de la expresión latina *jus- diceres* que significa decir el derecho, es potestad de Estado de promulgar y aplicar el derecho a los casos particulares, ejercida a través de los jueces, quienes se hayan investidos para administrar justicia. La jurisdicción en su accionar es indivisible, es interés del Estado y obligación de éste, para la pacífica convivencia de sus habitantes, aplicar la ley para el mantenimiento del orden jurídico creado por él.

La jurisdicción es una función en la que se manifiesta la actividad del Estado en la esfera de las relaciones sociales, que se establecen con motivo de la administración de justicia, a cargo de órganos creados con esa finalidad. Dentro de esa función jurisdiccional del Estado, se encuentra la denominada jurisdicción civil, que es aquella parte de la jurisdicción que tiene por función el conocimiento, investigación y decisión de las pretensiones sobre derechos personales y patrimoniales, actuada por los tribunales de conformidad con lo establecido en la ley sustantiva y procesal oportuna.

Para Alsina (Alsina, 1941, 28) la palabra jurisdicción tiene -en derecho procesal- una acepción específica y se refiere a la facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos. Otro que así piensa, es Palacio, quien define la jurisdicción judicial con los siguientes caracteres:

1. Facultad del juez de decidir los asuntos que se someten a su conocimiento. Deber en que se encuentra de administrar justicia cada vez que esa actividad sea requerida en un caso concreto; consistente - fundamentalmente- en la resolución de un litigio suscitado entre dos partes y con respecto al cual, el juez es un tercero imparcial.
2. Ejercida por órganos independientes.
3. Indelegable. (Palacio, 2016, 120)

Jurisdicción es - en fin- potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir, es la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. Su instrumento específico es el Poder Judicial.

Históricamente se ha dividido en facultades: la **notio**, conocer el asunto sometido a su resolución, la **vocatio**, potestad de llamar a juicio, la **coertio**, potestad de constreñir al cumplimiento del rito procesal; la **juditio** facultad de juzgar propiamente dicha aplicación del derecho al caso concreto y el **imperium** poder para ejecutar lo juzgado.

Sin embargo, existen casos que son sometidos a competencia judicial y que no tienen como fundamento la cuestión o litigio entre partes; sino, un acuerdo de

partes o sencillamente la ausencia de contradicción. Es aquí donde aparece la distinción objeto de estudio entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, según que se ejerza en causa en que exista contradicción de partes, o en que la intervención del juez sólo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad.

El más remoto antecedente relacionado con la jurisdicción voluntaria en un cuerpo de derecho escrito, y del que parte su denominación, aparece en un fragmento de Marciano en el Digesto, en que se dice:

Todos los procónsules, luego que salen de la ciudad, tienen jurisdicción; pero no contenciosa, sino voluntaria: de forma que ante ellos se puede manumitir y adoptar los libres y los siervos. Más ante el Legado del Procónsul ninguno puede manumitirse, porque no tiene tal jurisdicción. (Marciano, D. 32,65,4 parte final)

Es de apreciar, que en el Derecho romano al no hallarse diferenciadas las funciones del poder judicial y reconocerse la conveniencia de rodear de garantía de autenticidad ciertas manifestaciones de la actividad individual, se hacía intervenir a los magistrados judiciales en la constitución de muchas relaciones jurídicas de carácter privado; sin embargo, el decursar de la historia jurídica ha visto desgajarse tales atribuciones como competencias de otros funcionarios públicos. Los actos de jurisdicción voluntaria que actualmente permanecen como competencia de los jueces, son residuos de aquella antigua función administrativa atribuída a los órganos jurisdiccionales.

Se denominó como jurisdicción voluntaria (*iurisdictio voluntaria*), en la doctrina y práctica del proceso italiano medieval, al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de la mayoría de los interesados (*in volentes*). Igualmente se utilizó dicha denominación para designar los actos que pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces ordinarios a la de los notarios; de tal forma, procesos simulados ante el juez pasan a constituirse instrumentos con cláusula de garantía expedidos por notarios, llamados *iudices chartularii*.

En fin, pudiera decirse de la jurisdicción voluntaria que es aquella función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir, o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas, y que siendo ajena al específico cometido de los jueces que consiste en la resolución de litigios entre partes, aún se mantiene dentro de su competencia por la alta probabilidad de que estos procesos se conviertan en contenciosos; así como, por la conveniencia de que ciertos actos de los particulares - en razón de la trascendencia de sus efectos- sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización.

1.3.2 Distinción y efectos

Por el amplio contenido que se le atribuye a la jurisdicción voluntaria es difícil reconocer sus contornos conceptuales y precisar una detallada distinción entre la misma y la jurisdicción contenciosa.

No obstante, para distinguir las particularidades que caracterizan a la jurisdicción contenciosa y la voluntaria habrá que partir siempre de una secuencia de aspectos a comparar entre ellas.

Esos aspectos serían: el hecho que se somete a jurisdicción del juez, el conocimiento del juez respecto al hecho que se promueve, características y consecuencias del pronunciamiento judicial.

a) el hecho que se somete a jurisdicción del juez

En la jurisdicción contenciosa el hecho que se somete a consideración del juez es una cuestión entre partes, es el conflicto de intereses que se desea solucionar. Se ejerce *inter nolentes*, porque una de las partes tiene que acudir al tribunal contra su voluntad para dirimir una controversia. No obstante, es preciso aclarar que para que exista litigio no es imprescindible la lucha de opiniones, basta que exista un conflicto o disputa entre dos esferas individuales de derechos, de las cuales una exige algo a costa de la otra; es decir, que hay litis siempre que se pretenda la sumisión de un interés ajeno al propio. De ello son ejemplos los casos de sumisión del demandado y el proceso en rebeldía.

En la jurisdicción voluntaria el hecho que se somete a consideración del juez es un pedido de realización de acto que la Ley considera necesario para dar vida a

una nueva relación jurídica o producir un determinado efecto jurídico. Se ejerce entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien le importa la práctica de algún acto; es decir, *inter volentes*, no aparece ningún interés de terceros. Aquí no hay conflicto de intereses y la intervención del juez sólo tiene por objeto satisfacer exigencias de orden público.

b) el conocimiento del juez respecto al hecho que se le somete a consideración.

En lo contencioso, el juez procede con conocimiento legítimo; en la jurisdicción voluntaria, con conocimiento informativo. La diferencia está en que, en el primer caso, el juez procede de acuerdo con el resultado de una investigación personal; en tanto, en el segundo, lo hace sólo teniendo como fundamento los informes de los interesados.

c) Características y consecuencias del pronunciamiento judicial

El ejercicio de la jurisdicción contenciosa se hace realidad con el pronunciamiento de un fallo con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y probado por las partes; mientras, que en la voluntaria el pronunciamiento sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto, o certificar el cumplimiento de un requisito de forma.

En la contenciosa tal pronunciamiento debe ceñirse a la constatación de relaciones preexistentes y, por ello, debe aceptar el debate como las partes lo presentan, no pudiendo fallar fuera de esos límites. Así, puede decirse que la resolución judicial en estos casos es sólo declarativa. En la jurisdicción voluntaria, en cambio, se trata de un acto que sólo tiene apariencia de sentencia porque emana del juez; sin embargo, fortalece su esencia administrativa desde que ordena para el futuro.

Se marcan las diferencias entre las dos jurisdicciones -además- por los efectos del fallo. La sentencia de jurisdicción contenciosa produce efecto de cosa juzgada, lo que significa que las partes no podrán en el futuro someter nuevamente a decisión judicial la cuestión ya resuelta; es decir, hay presunción de veracidad. Aquí rige el principio de regularidad por el cual las partes no pueden poner en cuestión la validez del procedimiento en que se hubiere dictado

el fallo; y por último, el juez agota su jurisdicción en la sentencia y, por lo tanto, no puede modificarla.

La decisión adoptada por el juez en la jurisdicción voluntaria no produce efecto de cosa juzgada y el acto puede ser revisado nuevamente. Aquí no se activa la presunción de veracidad, ni el principio de regularidad, ni se agota la jurisdicción con la decisión adoptada.

Si se pretendiera hacer un intento de clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria ellos pudieran agruparse de la siguiente manera:

1. Actos de constitución de derechos. Un ejemplo de ellos son las inscripciones de sociedades en el Registro Mercantil, los actos relativos a la adopción.
2. Actos de homologación, como la aprobación de cuentas particionales, la adverbación de testamento ológrafo.
3. Actos de constatación, que comprende las informaciones a verificar la existencia de un hecho determinado.
4. Actos de autorización, entre ellos se hallan incluidos la autorización para enajenación de bienes de menores por utilidad o necesidad, ausentes o incapaces.

La jurisdicción voluntaria es - en fin- una forma particular de actividad del Estado ejercitada en parte por los órganos judiciales, en parte, por los administrativos y perteneciente a la función administrativa, pero distinta -también- al clásico acto administrativo, por ciertos caracteres particulares.

En este tipo de jurisdicción no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que -sin intervención del Estado- no podría nacer o desarrollarse, se desarrollaría imperfectamente. En la constitución o desarrollo de estados jurídicos que tienen lugar en la jurisdicción voluntaria no actúa un derecho que corresponda de A contra B. No es -entonces- característica inherente a la jurisdicción voluntaria la ausencia de contradictorios, sino la falta de partes.

También la jurisdicción contenciosa tiene procedimientos sin contradictorios, pero no sin partes; puede tomarse una resolución jurisdiccional *in audita parte*,

pero siempre contra o frente a una parte a la cual debe comunicarse tal resolución para que pueda cumplirse o ser impugnada.

En la jurisdicción voluntaria habrá casos de varios solicitantes, pero no de partes en el proceso; es aquella donde no se promueve cuestión entre partes, con ausencia de litis, encaminada a la declaración y solemnización, a enunciar el derecho, nunca a restablecerlo, en la que se hacen constar hechos o actos que hayan producido o deban producir efectos jurídicos siempre que no se deriven perjuicios a terceros.

1.3.3 La administración de justicia en la jurisdicción voluntaria

Para tomar partido en cuanto a si existe en la jurisdicción voluntaria una verdadera administración de justicia o no, se hace imprescindible un repaso por las opiniones más importantes y relevantes de la doctrina procesalista internacional sobre el tema.

Entre los procesalistas modernos no faltan quienes consideran a la jurisdicción voluntaria como verdadera jurisdicción (Alvarez Castellanos, 2018, 332); sin embargo, la opinión dominante la considera como una actividad administrativa que, no obstante, se atribuye en gran parte a los órganos judiciales, porque tratándose de actos que requieren especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían, es natural que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria. En tal dirección apuntan los comentarios de Glasson y Tissier, Chiovenda, Calamandrei, Guasp, Plaza, Alsina, Alcalá Zamora. (Jiménez Gallegos, 2017, 215)

En la jurisdicción voluntaria no se declara un derecho, ni se aplica la ley a un caso concreto; sino, ella entra en la actividad social, no jurídica del Estado.

Aunque la jurisdicción voluntaria sea considerada como una función administrativa, presenta caracteres que la diferencian de la generalidad de los actos administrativos y la aproximan a la actividad judicial.

Por ejemplo, en la mayor parte de la actividad administrativa, el órgano que la ejerce es sujeto o está interesado en la relación sobre la que recae su actuación, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria; sino, que de modo análogo a lo

que sucede en la actividad jurisdiccional, el órgano es ajeno a la materia sobre la que recae su actuación. Esta razón, ha sustentado el criterio de que la jurisdicción voluntaria podría ser una actividad intermedia entre la jurisdicción y la administración, concepto en formación.

Alcalá Zamora y Castillo precisa las diversas circunstancias que han contribuido a la imprecisión del concepto de jurisdicción voluntaria. Entre ellas:

1. Nombre inadecuado, porque no es jurisdicción (ya que en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguna que satisfaga los fines jurisdiccionales en sentido estricto); ni es voluntaria (porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla, tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa, al punto que - en algunos casos- no pueden prescindir de ella).
2. Desorientación legislativa (traducida tanto en su ubicación en los códigos, como en su contenido)
3. Terminología impropia (designación diferente de las mismas situaciones)
4. Contenido heterogéneo (según que se acepte o se aparte de la concepción administrativa). (Alcalá-Zamora y Castillo, 2018, 200)

A causa del amplio y heterogéneo contenido que actualmente se atribuye a la jurisdicción voluntaria, resulta extremadamente difícil precisar su concepto y establecer una rigurosa distinción entre la misma y la jurisdicción contenciosa.

Sobre el tema, en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en México en 1965, Bollini expresó “que es muy dudoso que pueda atribuirse a los actos agrupados bajo la denominación de jurisdicción voluntaria el carácter de verdadera jurisdicción, entendiéndolo así la mayoría de la doctrina” (Bollini, n.d.)

Afirmó - además - que es materia incierta y discutida, en su función y en su finalidad, siendo sumamente importante saber si nos encontramos en el campo de la jurisdicción o en el de la administración. Agregó que las semejanzas y diferencias existentes entre la función judicial y notarial en ningún caso bastarán para darnos un acabado concepto del tema. (Bollini, n.d.)

Por su parte, Font Boix concluye que la jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción porque no concurren en ella los datos definidores de ésta última, y tampoco puede afirmarse que sea administración porque ella se ejercita sobre intereses privados, contrastando en ello con la administración, que tiene como criterio teleológico la satisfacción de un interés público. (Font Boix, 1982, 173)

La jurisdicción voluntaria - dice- constituye una actividad autónoma del Estado caracterizada por la circunstancia de actuarse en función pública sobre relaciones o intereses jurídico- privados. (Font Boix, 1982, 175)

Luego de analizar el estado de la doctrina sobre el asunto jurisdicción voluntaria pudiera concluirse afirmando que la ubicación de la misma entre las atribuciones de los órganos jurisdiccionales obedece a razones históricas y de confiabilidad, nunca a una correcta técnica jurídica.

Es así, que el contenido de la jurisdicción voluntaria está referido a la intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas cualificándolas con elementos extrínsecos sin los cuales no alcanza aquella plenitud de efecto, sin que en esta actividad se contemplen situaciones controvertidas que supongan una declaración coercitiva propia de la jurisdicción propiamente dicha o contenciosa.

Es un error frecuente pretender oponer lo voluntario; es decir, lo libre y querido por una persona, a lo contencioso - que implica una controversia sobre un derecho pretendido-. En realidad, lo que sí es opuesto a lo voluntario es lo obligatorio, aquella conducta que por ley debe observarse. Así, cuando se alude a actos de jurisdicción voluntaria se trata de actos judiciales obligatorios, de suerte que la propia ley los designa contradictoriamente.

Así se llega -entonces- al absurdo jurídico de que a los denominados actos de jurisdicción voluntaria, o de jurisdicción no contenciosa, se les da un tratamiento de actos de naturaleza judicial y de competencia obligatoria, porque los particulares deben promover ante el juez la instancia para obtener la declaración del derecho o del hecho objeto del acto, conociendo de antemano que no hay controversia que dirimir, ni derecho que restablecer, o duda, sobre quién tiene la razón sobre una pretensión jurídica.

Dicho absurdo jurídico es útil para concluir en cuanto a la naturaleza jurídica de estos actos, que no se justifican como de competencia judicial y cuya única fuente justificativa es la ley que autoriza la intervención del juez en ellos con carácter obligatorio. La intervención del juez dota a tales actos de autenticidad, solemnidad, certeza jurídica pero definitivamente no se trata de actos de naturaleza materialmente jurisdiccional.

La llamada jurisdicción voluntaria no tiene naturaleza jurisdiccional. Sólo es jurisdicción la contenciosa porque ella corresponde a su naturaleza jurídica, en que los jueces juzgan y hacen ejecutar lo juzgado y tienen la exclusividad de ejercer tal potestad jurisdiccional. Tampoco resulta del todo exacto que la jurisdicción voluntaria sea una actividad administrativa; es cierto que está ejercida por funcionarios del Estado, sin embargo, sus características principales la separan definitivamente de constituir un ejemplo clásico de actividad administrativa.

Pudiera decirse que es mera administración, sólo en sentido amplio, considerando que en los actos de jurisdicción voluntaria se produce y actúa la garantía de los derechos individuales, se cumple el interés general, propio de la actividad administrativa que -por circunstancias y razones extraprocesales- se atribuyó a los jueces, es administración pública del derecho privado. La antinomia entre jurisdicción voluntaria y contenciosa - por tanto- es totalmente impropia.

Finalmente, es posible afirmar que la jurisdicción voluntaria está caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídico-privados que pertenecen al denominado sistema cautelar utilizado por algunos ordenamientos jurídicos para la protección y el mantenimiento en el tiempo de los derechos adquiridos.

De tal forma, no sería un error afirmar que la jurisdicción voluntaria es un mecanismo de seguridad jurídica de los derechos adquiridos, entregado -por razones históricas y no técnicas- a la función judicial; que tributa exclusiva y esencialmente a la garantía de cualquier derecho.

En el pasado romanista, cuando se pretendía dotar de un título jurídico satisfactorio a determinadas actuaciones particulares, los interesados acudían al Juez fingiendo una contienda sobre el acto o negocio que habían constituido. La parte demandada se allanaba en el juicio a las pretensiones de la demandante y ambas conseguían una decisión judicial que incorporaba a su acuerdo unos efectos de los que no le podían dotar ellos mismos. En la evolución de esta figura ha desaparecido radicalmente la ficción contenciosa y se han incorporado funciones de verificación y control confiadas a jueces, notarios y autoridades administrativas.

Lo más relevante de esta figura se centra en la relación que se produce entre la actividad del órgano interviniente y el juego de la norma jurídica en cuya base se constituye la situación o relación pretendida por los interesados.

Para entender bien este punto de partida, resulta preciso distinguir la tipología de los preceptos, que entran en el supuesto regulador de la jurisdicción voluntaria:

1. Integra un grupo de disposiciones cuyo juego normativo queda sujeto a una triple condición: a) que se realicen *in casu* las condiciones contempladas en el supuesto de hecho de un precepto para que los sujetos puedan aspirar a constituir la situación o relación que en él se prevé; b) que una autoridad pública verifique el cumplimiento de tales requisitos o valore la conveniencia del nacimiento de la situación o relación pretendida en los términos expresados en la norma; c) que el órgano interviniente certifique la constitución del estado o negocio postulado por los solicitantes. (por ejemplo, en el matrimonio o en la adopción).
2. Lo que hace la autoridad interviniente en este caso es completar la labor del legislador integrando un requisito de la propia norma. Esta tarea puede consistir en la incoación de un expediente destinado a controlar la concurrencia de los requisitos exigidos por un precepto, para aprobar o denegar la constitución del acto que se pretende establecer en su base. Lo relevante de esta intervención es que se exige como una condición

fundamental para la creación de la situación o relación jurídica que se quiere constituir.

3. En la mayor parte de los casos la función de la autoridad estriba en la concreción casuística de una condición expresada a través de un concepto jurídico indeterminado. Si la constitución del negocio se supedita al “*interés del menor*” o al “*interés de la familia*” el órgano de la jurisdicción voluntaria deberá sopesar si el establecimiento de la relación pretendida satisface ese interés y, de considerar que así es, procederá a autorizar su conformación. En este supuesto la apreciación de la conveniencia se identifica con el requisito y pasa a formar parte de las condiciones sustanciales exigidas por la norma. De ahí que, con ciertas reservas, adscribamos una naturaleza “*paralegislativa*” a esta tipología de actos.

En cuanto a la eficacia de resoluciones de jurisdicción voluntaria podrían avanzarse aquí, con carácter general, los dos siguientes principios básicos:

1. Las resoluciones de la jurisdicción voluntaria *no son sentencias ni pueden ser asimiladas a ellas en su tratamiento*. Una resolución en materia de jurisdicción voluntaria es algo muy diferente a la decisión que pone fin a un proceso contencioso. En pura técnica no procede instar una solicitud de exequátur puesto que no se trata de dotarlas del efecto de cosa juzgada, ni de ejecutarlas. Coherentemente no debe admitirse la utilización de un cauce que permitiría transformarlas en algo que no son. Los matrimonios, las tutelas, las adopciones, o las emancipaciones, se hacen valer simplemente cuando hace falta que el actuar de una persona se aprecie desde la óptica de su condición de cónyuge, tutor, padre o persona capaz.
2. Las resoluciones de la jurisdicción voluntaria constituyen *documentos públicos de carácter especial*, por cuanto no sólo incorporan manifestaciones de voluntad o dan fe de hechos y comportamientos de los que se derivan negocios jurídicos concretos. El objetivo directo del tipo de resolución al que se alude es *certificar hechos y relaciones jurídicas concretas*. En tal sentido, constituyen los instrumentos idóneos para probar su existencia. Toda decisión en el ámbito de jurisdicción voluntaria

consiste en el reconocimiento jurídico de una situación o relación jurídica creada al amparo de una norma.

1.4 Naturaleza y contenido de la función notarial

Actualmente, nadie en doctrina discute el origen judicial de los actuales documentos notariales. En el devenir del derecho histórico cuando las partes no han encontrado una organización notarial eficiente que les permita obtener la fijación y eficacia de sus pactos, han conseguido sus propósitos acudiendo a los tribunales y utilizando un proceso aparente productor de sentencias que han sido precursoras de los documentos públicos.

La *in iure cesio*, las *interrogationes*, y la *confessio in iure* en Roma; la *auffassung* en Germania; las *recognizances* en Inglaterra y sobre todo el *praeceptum de solvendo* y la *confessio apud acta ante litis contestationem* del proceso medieval no son sino los más elementales ejemplos de cómo el juez, al lado de su jurisdicción contenciosa, desarrolló una jurisdicción voluntaria, autorizante de múltiples negocios jurídicos con eficacia de sentencia, pero sin proceso, pues el proceso aparente reconocido como tal por la ley no es proceso (Núñez Lagos, 2017, 45). No es hasta finales del siglo XII que se produce -en varias etapas- la sustitución de las funciones del juez por los *judices cartularii* o notarios en este tipo de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, es totalmente imposible asimilar el documento público a la cosa juzgada. El documento obliga a juzgar conforme a él, la cosa juzgada obliga al juez a no juzgar el mismo asunto. El documento público da nacimiento a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante; el documento público tienen la promesa por la ley de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela en vía de acción sobre las mismas relaciones jurídicas. El documento notarial al igual que la sentencia produce efectos legitimantes y declarativos de carácter obligatorio.

Sanahuja aborda la naturaleza de la actividad notarial – en principio- como función jurisdiccional. Ofrece como argumento que mediante ella se declara de modo oficial y público la validez del negocio; pero, sin dejar de advertir que dicha autenticación o legalización - notarialmente conseguida- queda jurídicamente

abierta al conocimiento de un Juez, único que podrá ofrecer la fuerza de cosa juzgada por voluntad del Estado. De estos razonamientos concluye que la función notarial es autónoma, con sus formas y efectos peculiares, y no típicamente jurisdicción. (Sanahuja, 2017, 20)

Otro punto de vista acerca de la naturaleza de la función notarial lo aportan los argumentos que en tal sentido ofrecen los estudios realizados por Ahrens y Monasterio. Desde la filosofía del Derecho aparece la teoría de la justicia reguladora que en su desarrollo concluye afirmando la necesidad de una función del Estado que aplique su acción al Derecho para los fines de la normalidad. (Ahrens y Monasterio, 2019, 120)

El punto de partida de esta teoría es la necesidad social de dar a los derechos una corporalidad que facilite su evolución natural y normal. Para atender a ello el Estado ha de disponer de una función distinta de la judicial, destinada a la conservación, reconocimiento y garantía del Derecho en estado normal: La función notarial.

Sobre este particular son realmente convincentes las conclusiones que ofrece Castán Tobeñas en cuanto a las notas que delimitan la función notarial:

1. La función autenticadora y legitimadora notarial recae sobre los actos, negocios o hechos jurídicos humanos o naturales.
2. Fundamentalmente, la autenticación y legitimación notarial se refiere o aplica a los actos que se realizan en la esfera de las relaciones de Derecho privado.
3. La actuación notarial se desenvuelve en la fase de normalidad del Derecho, quedando fuera de su ámbito las relaciones que se manifiestan en fase contenciosa o de perturbación. (Castán Tobeñas, 2015, 45)

Como ha expresado De Prada González la conservación del documento notarial constituye una parte integrante esencial de la función notarial: es el valor jurídico del documento notarial, el que exige - como consecuencia lógica- que el mismo se conserve en poder del Notario, para conseguir - de tal forma- que ese valor de que se le dota pueda desplegar toda la eficacia a que está llamado. (De Prada González, 1998, 193)

La misma línea de razonamiento que lleva de la autenticidad formal (documento perfecto) a la autenticidad de fondo (negocio perfecto) exige que el documento público sea conservado con todas las garantías logrando así la autenticidad corporal que da al documento notarial el hecho de la existencia de una matriz en poder de funcionario público.

Esta autenticidad corporal ofrece una presunción de legalidad a las copias expedidas que - mediante el cotejo- se convierte en autenticidad corporal inatacable del documento notarial. Autenticidad corporal (documento indubitado), autenticidad formal (documento perfecto) y autenticidad de fondo (negocio perfecto) son el resultado de una triple actividad notarial (documentadora, adecuadora y conservadora) que se complementan entre sí y que juntas hacen posible el cumplimiento de los fines de certeza y seguridad que la función notarial persigue.

Así delimitada, la función notarial adquiere determinados matices según la legislación interna que la acoge y en vista del contenido complejo de la misma que incluye funciones de carácter públicas y privadas.

Existen analogías y diferencias entre las funciones jurisdiccional y notarial. De las primeras pudiera destacarse que en ambas se declara el derecho, aplican la ley al caso concreto de acuerdo o sin la conformidad de los interesados, requieren de igual ciencia para el conocimiento de la ley, el mismo arte para ligar a ella la voluntad expresa de las partes o presunta de la ley, y son funciones de justicia que persiguen la moralidad en las relaciones civiles.

Las cuestiones que las diferencian son - entre otras- el supuesto en que intervienen, la forma de intervención, el tipo de intervención y sus efectos. De tal forma, el notario actúa cuando la voluntad de las partes se aviene a cumplir las normas del derecho objetivo, el juez lo hace cuando se presume o demuestra que las normas han sido desconocidas o vulneradas por las partes.

La intervención notarial es, en esencia, profilaxis jurídica preventiva; es decir, tiene como fin evitar contiendas y discusiones futuras; sin embargo, la intervención del juez es reintegradora, devuelve a la normalidad una relación jurídica alterada por la violación del cumplimiento de alguna de las partes.

El actuar notarial es solicitado por las partes que pudieran tener intereses aislados o entrelazados y recíprocos; por el contrario, la intervención del juez es pretendida por las partes por existir intereses contrapuestos o en franca contienda.

Por último, el notario elabora, crea el instrumento notarial que alcanza la calidad de prueba plena (presunción *juris tantum*: presunción de legalidad y verdad, mientras no se admita su falsedad en juicio); el juez -por su parte- dicta sentencia definitiva lo que trae consigo el efecto de cosa juzgada, resultando inatacable -incluso- para una nueva decisión judicial.

Es incuestionable que el nacimiento del documento notarial ocurre a consecuencia de un hecho: el otorgamiento, motivado por otro hecho, que en rigor está constituido por una sucesión de hechos: la audiencia notarial.

La audiencia notarial se valida con la comparecencia de las partes o sus representantes en el documento público inmediatamente ante el notario, e incluye una sucesión de actuaciones de los sujetos y el fedatario conducentes a la firma y autorización documental.

Por ello, resulta imprescindible analizar la posición del notario dentro del orden jurídico y las posibilidades de la documentación pública como prueba legitimadora.

1.4.1 El Notario dentro del orden jurídico

La función notarial, aunque compleja, se puede caracterizar por las siguientes actividades:

1. Dar fe pública, es decir, autenticar actos y hechos jurídicos, o sea, hacerlos ciertos y verdaderos ante la sociedad, dotados de una garantía de legalidad y seguridad jurídica (labor autenticadora); y
2. Dar forma legal (labor legitimadora y asesora), a fin de que ciertos actos sean plenamente eficaces en el mundo jurídico

Es así, que el notario se convierte en un agente colaborador eficiente del logro del bien común que todo Estado enarbola como bandera, ya que proporciona seguridad jurídica a las partes que ante él acuden.

El notario certifica o da fe de que hay legitimidad en el derecho que se ejerce, de que hay legalidad en el acto de voluntad y de que hay licitud en los hechos observados; de que hay capacidad en las partes que intervienen, de que existe una idoneidad en el objeto materia del acto, de que hay una situación fiscal contributiva al corriente, de que se tiene un régimen conyugal suficiente, de que se otorga una voluntad verdadera, de que se comprueba una identidad de los sujetos que actúan e intervienen; en fin, la función notarial en el ordenamiento jurídico de raíz latina es un servicio público complejo que resulta primordial para hacer prevalecer el orden jurídico civil y el cumplimiento físico en los actos en que por la ley y a petición de los interesados interviene el notario.

Para cumplir la encomendada misión de conformar y custodiar la verdad oficial en relación con los actos de los particulares, el notario es funcionario público, depositario de la fe del Estado y tiene el deber de imparcialidad. En razón de ello, le están atribuidas legalmente una serie de prohibiciones e incompatibilidades en el desempeño del cargo que se manifiestan de una u otra forma en el derecho notarial comparado.

Voces autorizadas en la doctrina notarial como Vázquez Campos (Vázquez Campos, 1928,34) o Castán Tobeñas (Castán Tobeñas, 2015, 18), han permitido definir al Notario como “el jurista oficial de la legitimación preventiva en el campo especialmente del Derecho privado” entendiéndolo - con Sanahuja (Sanahuja, 2017, 54)- que la legitimación es un aspecto especial de la función general legalizadora, porque la legalización garantiza la adecuación del acto a la ley; sin embargo, la legitimación contempla la eficacia del acto en relación con la situación jurídica previa que le sirve de base o fundamento en el mundo del derecho (Bolás Alfonso, 1998, 50).

Una sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de diciembre de 1929 calificó al notario como “profesor de jurisprudencia de las clases humildes y consejero prudente de los individuos y de las familias” (Bolás Alfonso, 1998, 50). El notario es fedatario, pero no simplemente da fe; es documentador, pero no simplemente redacta escrituras.

El notario es -ante todo- un jurista que asesora a las partes, adapta su verdadera voluntad a la ley, da fe del otorgamiento del instrumento público, “y se es tanto o más notario cuando con motivo de su asesoramiento las partes desisten de firmar el contrato o cuando el notario deniega la autorización del documento porque su contenido no se ajusta a la ley. En estos casos no hay documento alguno, no hay dación de fe, y, sin embargo hay notario y función notarial escrupulosamente ejercida” (Bolás Alfonso, 1998, 53).

La función asesora del Notario alcanza un valor esencial porque incorpora un agregado generado por la labor constructiva del notario creador de derecho. Cuando la normativa jurídica no ofrece soluciones satisfactorias, el notario diseña una forma propia de regular el acto, dentro de los marcos de la autonomía de la voluntad permitida por la ley y se ha dicho que en tales casos el documento notarial se convierte en una auténtica obra de ingeniería jurídica (Raposo Fernández, 1997, 34).

La más cercana redefinición de la actividad notarial en documentos internacionales se encuentra recogida en la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de Enero de 1994 sobre la organización del notariado en los Estados miembros de la comunidad.

Ella caracteriza la actividad notarial como una ,

(...)delegación parcial de la soberanía del Estado que garantiza, en particular, el servicio público de autenticación y legalización de los acuerdos, su fuerza ejecutoria y probatoria, así como el asesoramiento imparcial prestado a las partes, lo que reduce el recurso a los tribunales, teniendo funciones preventivas de las judiciales, al eliminar o reducir los riesgos de litigio, así como funciones de asesoramiento y consejo asesor. (Parlamento Europeo, 1994, 9)

En razón de todas las atribuciones y funciones del notario y a consecuencia esencialmente del principio de autenticidad -que convierte en verdad oficial, prueba plena de los contenidos del documento hasta tanto éste no sea privado de su fe pública mediante la declaración judicial de falsedad- el documento notarial tiene reconocida una eficacia privilegiada, consecuencia directa de la

calidad del proceso de elaboración del instrumento público y que tiene como efectos la consideración del documento notarial como título legitimador en el ejercicio de los derechos que constan en el documento, inscribible en registros públicos, con carácter ejecutivo y probatorio, susceptible de ser rebatido por prueba en contrario.

Algo que no debe dejar de decirse en esta sede tiene que ver con la relación eficacia privilegiada - verdad comprobada por el Notario. Es una necesidad vital para el futuro del documento notarial y para la propia subsistencia del notario en el tiempo, la ampliación de la función notarial en la comprobación de la verdad de las declaraciones de las partes. Por ello, son bienvenidas todas las transformaciones que con este fin se propongan las instituciones notariales en cualquier latitud.

1.5 Reflexiones sobre la competencia notarial en materia de jurisdicción voluntaria

1.5.1 Cuestiones que se suscitan a favor o en contra

Las reflexiones que se suscitan sobre la competencia notarial en materia de jurisdicción voluntaria en el ámbito jurídico internacional giran alrededor de varios tópicos que en esencia pudieran sintetizarse de la siguiente forma:

1. La jurisdicción voluntaria es verdadera jurisdicción, y por ello, la competencia notarial en tales asuntos no es más que un absurdo jurídico (Alvarez Castellanos, 2018, 332).
2. La jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción, sino administración. Esta caracterización la desvincula de la función notarial que tiene como contenido autenticar los actos extrajudiciales de los particulares en un espacio de normalidad jurídica, ajena a la administración.
3. La jurisdicción voluntaria no es jurisdicción; sin embargo, se atribuye gran parte a los órganos judiciales; porque tratándose de actos que requieren especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían, es natural que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria. Visto así el ámbito notarial no resultaría cauce

adecuado para todos los asuntos que se tramitan utilizando tal procedimiento. Significa que podrán pasar a competencia notarial los asuntos más sencillos, pero jamás asuntos como la adopción, la incapacidad o el divorcio por mutuo acuerdo que precisan por sus características de un control fiscalizador fuerte (Font Boix, 1982, 157).

4. El cauce notarial acomoda de manera perfecta a todos los asuntos que se tramitan utilizando el procedimiento voluntario y a todos aquellos otros que no promueven cuestión entre partes. La técnica notarial de las actas puede ofrecer -en tales casos- una expresión documental definitiva y título suficiente que legitime los derechos declarados manteniendo el control fiscalizador por el ministerio público.

De estas cuestiones la primera de ellas ha quedado tratada en las secciones anteriores. Sin embargo, sobre las restantes sería factible aportar algunos elementos de juicio.

No es exacto tildar la jurisdicción voluntaria como administración, ni asegurar que la función notarial es ajena a la administración.

Se ha dejado dicho antes que el procedimiento voluntario incorpora características que le acercan a los procesos judiciales; sin embargo, no es exactamente un procedimiento judicial porque en él no se administra justicia, ni tampoco un procedimiento administrativo típico, porque en su mayor parte la actividad administrativa la ejerce un órgano que es sujeto o está interesado en la relación sobre la que recae su actuación, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria en la que el órgano es ajeno a la materia sobre la que recae su actuación. Pudiera pensarse - entonces - que es una actividad intermedia, un híbrido entre la jurisdicción y la administración.

Por otra parte, la función notarial es compleja y esa complejidad está condicionada por la confluencia en su contenido de actividades de carácter privado y de carácter público. La condición de funcionario público que ostenta el notario determina su relación intrínseca con la administración, sólo que la delegación que ostenta del Estado es para dar fe de los actos extrajudiciales de los particulares en que por razón de su cargo interviene y de acuerdo con lo

establecido en la ley; y nunca este poder delegado al notario será parecido al poder delegado en los órganos de la administración del Estado, con lo que queda deslindado el territorio entre fe extrajudicial notarial y fe administrativa.

Para enfocar analíticamente la tercera de las cuestiones planteadas primero es necesario identificar - en la generalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos - cuáles asuntos se tramitan por los cauces de la jurisdicción voluntaria. Entre ellos puede mencionarse el expediente de incapacidad, la administración de bienes de ausentes, el expediente de consignación y las informaciones para perpetua memoria. No obstante, existen otros procedimientos que sin promoverse cuestión entre partes, ni perjuicio a tercero son sometidos a trámite fingiendo un contencioso. La referencia obligada resulta a casos como el divorcio por mutuo acuerdo, la tutela, la adopción directa, la declaración de herederos, las testamentarías, y adjudicaciones de herencias entre otros.

Los representantes de esta corriente de pensamiento apuntan que asuntos como las informaciones para perpetua memoria, la consignación y la administración de bienes del ausente son esencialmente de jurisdicción voluntaria y por tanto discurren sobre las reglas de la normalidad jurídica ávidos de solemnidad, que puede ofrecer -como es lógico- el notario.

Sin embargo, niegan el carácter de jurisdicción voluntaria a expedientes de incapacidad, adopción, tutela, testamentarías y divorcios por mutuo acuerdo, sin reconocer la ausencia total de litis manifiesta en tales procedimientos, justificando así su posición contraria al traspaso de competencias en ese sentido. Los que así se pronuncian esgrimen la delicadeza jurídica en las consecuencias de tales asuntos como para someterlos a competencia notarial, que indudablemente -aseguran- facilita la obtención de resultados favorables al estar fuera de un sistema de control fiscalizador fuerte como el jurisdiccional.

La cuarta de las cuestiones expuestas se suscita entre los que de una manera flagrante defienden la posibilidad que tiene la función notarial de acoger en su seno a los actos de jurisdicción voluntaria y a todos aquellos otros que no promuevan cuestión entre parte, ni perjudiquen a terceros, asegurando en la

actuación del notario y en su consecuencia documental la certeza, autenticidad, solemnidad, control de legalidad y seguridad jurídica que tales actuaciones precisan.

Es Jorge Bollini quien define que las semejanzas y diferencias existentes entre la función judicial y notarial, en ningún caso bastarán para darnos acabado concepto del tema. Aclara, que si bien ciertas materias dentro de la órbita jurisdiccional son confiadas, por razones de oportunidad o conveniencia, a los jueces, no implica el ejercicio de una actividad propiamente jurisdiccional, sino administrativa (Bollini, 1965, 12).

En consecuencia, estima que la actividad del notario en la llamada jurisdicción voluntaria debe ejercitarse utilizando su facultad fideifaciente para homologar esos actos como funcionario público y no como profesional del derecho en ejercicio del *ius postulandi*.

En el primer caso, el notario - en su carácter de funcionario público - sustituye al juez en su función homologante; en el segundo - que el autor no comparte - postulado por la doctrina italiana, el notario en ejercicio de su *ius postulandi* actúa como técnico del derecho, asesorando.

Bollini insiste en que la competencia del notario en los actos de jurisdicción voluntaria, no sustituye, ni desplaza al juez, sino que lo descarga de quehaceres, que por no ser jurisdiccionales deben pasar al órgano comprobador, calificador y legitimador que es el notario (Bollini, 1965, 13).

En el III Congreso Notarial Brasileño 1974, se creyó posible que por vía de delegación de funciones administrativas -en las que la función del juez es autenticante- pueda el juez transferir el conocimiento sobre la jurisdicción voluntaria a los notarios, funcionarios idóneos, legalmente capacitados para dar fe; pero siempre sobre la base del proceso y su funcionalidad notarial (San Martín, 1978, 20).

Viscarret (Viscarret, 1992)recopila las ideas de este congreso de la siguiente forma:

Recogiendo las declaraciones anteriores respecto de los congresos y encuentros ya analizados, este Congreso trató el tema bajo el rubro "El notario en el campo de la Jurisdicción Voluntaria", y aprobó una conclusión, cuyo texto es el siguiente. La existencia en el campo de la llamada Jurisdicción Voluntaria de un área de exclusiva competencia notarial. El proceso notarial, que atiende a la tutela administrativa de intereses subjetivos, necesita, para su normal desenvolvimiento, de instrumentos legales que definan correctamente su ámbito de actuación, considerando que esta materia tiene hoy tratamiento legislativo permanente y fragmentario, la Comisión, ratificando conclusiones aprobadas en los temarios del IV y VIII Congresos del notariado Latino, V Encuentro Internacional del notariado Americano y de la Primera Reunión de Decanos de Colegios Notariales de América del Sur, somete a la asamblea una proposición, en el sentido de solicitarles a poderes competentes de pronta edición de normas que definan el ejercicio de la función notarial y que establezcan las reglas de su competencia, en la administración de los derechos en la normalidad. (Viscarret, 1992, 9)

El notario puede y debe incluirse en el proceso, por delegación estatal, mediante la ley que así lo declare; o por delegación judicial, cuando razones de economía procesal así lo aconsejen. Ello se deriva de su competencia como funcionario público y fedatario con el poder que el Estado le confiere para dar fe pública de los actos que fundamentalmente configuran su función.

Otro notario, Farini afirma que tanto la función notarial como la judicial tienen un objeto común: la aplicación y actuación del derecho; una y otra son funciones de justicia. El notario como el juez son órganos de ella. Las características del documento notarial confieren a los actos notariados la máxima garantía a los intereses privados y públicos (Farini, 1982, 9).

Entre esas materias que deben pasar a competencia notarial por ser contentivas de un acuerdo que debe tramitarse a través de la jurisdicción voluntaria está -sin duda- el divorcio por mutuo acuerdo, pero no solo el efecto desvinculatorio del mismo, sino que puede ser extensivo a todos los efectos del divorcio, como la

guarda, la asistencia familiar, régimen de comunicación, extinción y liquidación de la comunidad de gananciales; claro está, siempre que haya acuerdo y haya sido así, dispuesto por ley.

CAPÍTULO II

2 Análisis crítico de la normativa nacional y de derecho extranjero referida al divorcio notarial por mutuo acuerdo

Este capítulo tiene la intención de abordar las regulaciones nacionales y de derecho extranjero sobre el divorcio notarial por mutuo acuerdo y los diferentes modelos jurídicos que se han puesto en práctica en el derecho comparado, sus aciertos y desaciertos. Utiliza para ello, el análisis crítico y la comparación jurídica en el ámbito del método de derecho comparado, escogiendo estudiar el divorcio notarial en países con experiencia en tales tramitaciones como Cuba, Perú, Colombia, Brasil y Ecuador, abarcando de tal manera todo el área geográfica de Sudamérica y el Caribe.

2.1 El divorcio notarial por mutuo acuerdo en el Nuevo Código de las Familias y la Vía voluntaria notarial

Con espíritu renovador entra en vigor la reforma del régimen familiar en Bolivia a través del Nuevo Código de las Familias y del Proceso Familiar, Ley número 603 del 19 de Noviembre del 2014.

Con ella, Bolivia se suma a una corriente legalista que se manifiesta en el continente americano en cuanto a desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo y traspasar las competencias sobre el mismo a sede Notarial, que reconoce en el artículo 206 perteneciente a la sección II del capítulo Séptimo, del Título IX del Código de Las Familias.

Ya la Ley 483 del Notariado Plurinacional había reconocido la competencia notarial sobre un procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo muy restrictivo, para parejas sin hijos menores de 25 años, que no tengan bienes gananciales sujetos a registro y exista renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges.

Ante la decisión de desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo, partiendo de que el legislador tuvo en cuenta los argumentos expuestos *up supra*, sobre la naturaleza de jurisdicción voluntaria del divorcio por mutuo acuerdo y la procedencia de la competencia notarial sobre el asunto, resulta un tanto

contradictorio entender por qué se conforman unos límites tan reducidos para el mismo.

Cualquier lector de este artículo 206 del Código de las Familias – que reproduce los requisitos de ser posible para parejas sin hijos menores de 25 años, que no tengan bienes gananciales sujetos a registro y exista renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges- se daría cuenta de cuan reducidos serían los casos de divorcios por mutuo acuerdo que pudieran tramitarse en sede notarial.

Por ello, resulta imprescindible detener el análisis detalladamente en el texto del referido artículo 206 del Código de las Familias.

Ya el título de la sección II ofrece cierta novedad a la cuestión cuando se advierte que se autoriza la sede notarial no solo a los divorcios por mutuo acuerdo que son procedimientos extintivos del matrimonio, sino también a los procedimientos desvinculatorios propios de extinción de la unión libre.

Según el artículo 137 del propio Código de las Familias, el matrimonio y la unión libre son instituciones sociales que dan lugar al vínculo conyugal o de convivencia, orientado a establecer un proyecto de vida en común siempre que reúnan las condiciones establecidas en la Constitución Política del Estado y el propio código, que tienen iguales efectos jurídicos tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges o convivientes, como respecto a las o los hijos adoptados o nacidos de aquellos.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que los trámites desvinculatorios de mutuo acuerdo de los que el Notario podrá conocer serán aquellos que proceden de uniones libres debidamente registradas en el Registro Cívico correspondiente y que cumplan con los requisitos de ser parejas sin hijos menores de 25 años, que no tengan bienes gananciales sujetos a registro y exista renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges.

Continuando el análisis del artículo 206, otra cuestión a tratar sería la exigencia de ley de presentación ante Notario de un acuerdo regulador de divorcio.

El contenido del acuerdo regulador de divorcio o desvinculación está definido por el artículo 211 que exige para el mismo, en caso de tratarse de un divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo, la manifestación de la voluntad concorde de ambos cónyuges sobre el divorcio o desvinculación, definición del acuerdo sobre la asistencia familiar para las y los hijos, guarda y tutela de las y los hijos y régimen de visitas, además acuerdo sobre división y partición de bienes gananciales.

Nótese que en caso de divorcio o desvinculación notarial el acuerdo regulador aunque es exigido por ley, se vacía de contenido, porque únicamente debe pronunciarse sobre la voluntad concorde de extinguir el matrimonio o unión libre registrada, no hay más, lo demás son requisitos exigidos para la tramitación notarial. Por ello, el apartado II del propio artículo 206 que se comenta, es totalmente irrelevante en caso de desvinculación o divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial, ¿qué desacuerdo o contención sobre los efectos del divorcio o desvinculación habrá, si solo deben los cónyuges estar de acuerdo en la extinción del vínculo, porque los demás efectos están exigidos como requisitos de la tramitación notarial? En referencia a que sean parejas sin hijos menores de 25 años, que no tengan bienes gananciales sujetos a registro y exista renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges, aspectos que deberán los requirentes probar contundentemente ante Notario, para delimitar su competencia.

No obstante, hay algo que resulta de gran importancia en el texto de este artículo, y es que autoriza la capacidad del Notario para calificar la legalidad del acuerdo regulador, lo que significa que el legislador del Código de las Familias confía en el control de autenticidad y legalidad que hace el Notario, que además tendrá la misión de verificar el cumplimiento de los requisitos, en razón de determinar su competencia.

Además de estas cuestiones contradictorias, en la regulación notarial del divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo hay otras que pueden reconocerse al poner en relación la regulación que del trámite notarial de divorcio hace el Código de

las Familias y la que contiene la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento.

Primero, se debe dejar claro, que las normas que establece el Código de las Familias en cuanto al divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo son de derecho sustantivo sobre la materia, por tanto deben ser respetadas en cualquier procedimiento, sea judicial o extrajudicial.

Esta aclaración sirve de pauta para cuestionar entonces, la imposibilidad de tramitar divorcio o desvinculación notarial por apoderado si los cónyuges están el país, y la - ya resuelta posteriormente- imposibilidad inicial de renunciar al término de tres meses para la ratificación de la voluntad de los cónyuges o convivientes concordes en su decisión de extinguir el vínculo ante Notario - que resultan de la regulación de la Vía Voluntaria notarial de la Ley 483 y su reglamento (Véase en este sentido las restricciones a la tramitación por apoderado del artículo 91 del Reglamento de la Ley 483- (TRÁMITE POR REPRESENTACIÓN).I. Se puede tramitar la vía voluntaria notarial de manera personal o a través de representante con poder especial otorgado ante notaría de fe pública o ante autoridad competente si la o el poderdante reside en el extranjero. El poder especial debe excluir expresamente la actuación simultánea en la vía judicial y la apoderada o el apoderado deberá participar personalmente del trámite. Artículo 96 de la Ley 483: (Trámite) (...) II. Si transcurridos cuando menos tres meses de la fecha de registro de la solicitud de divorcio notarial, ambos cónyuges se presentarán nuevamente ante la Notaria o el Notario que registró la solicitud manifestando nuevamente su decisión de divorciarse, el Notario labrará acta de dicha ratificación)- cuando la tramitación judicial del divorcio por mutuo acuerdo en el Código de las Familias lo permite, lo que conlleva a reducir aún más las posibilidades de uso real del trámite notarial, que implicaría convertir este artículo 206 del Código de las Familias en una quimera jurídica y la regulación de la Ley del Notariado – incluyendo su reglamento sobre la vía voluntaria notarial en relación al divorcio o desvinculación por mutuo acuerdo- en letra muerta.

2.1.1 La vía voluntaria notarial

Es la denominación legal que la Ley 483 del Notariado Plurinacional da a la tramitación ante notario de aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria civil que han pasado a competencia notarial, y que reúne otros procedimientos familiares que son susceptibles de esa misma tramitación notarial como es el divorcio por mutuo acuerdo, considerado igualmente como un trámite donde solo las partes instan la homologación de un acuerdo desvinculatorio ante Notario.

La vía voluntaria notarial procede cuando hay acuerdo entre los interesados y éste sea libre, voluntario y consentido, siempre y cuando no se involucren derechos de terceras personas.

Algo interesante, es que la tramitación notarial de estos asuntos no limita la competencia judicial, es decir, la Ley asegura en su artículo 90.I que de haberse iniciado la acción en la vía judicial se excluye la vía notarial.

Es el artículo 93 a) de la Ley del Notariado Plurinacional la que atribuye competencia a los Notarios para la autorización de divorcios por mutuo acuerdo

En los procesos de divorcio por mutuo acuerdo no se administra justicia, porque si se presentase cualquier divergencia entre los cónyuges que no permita sostener los acuerdos incorporados en la petición conjunta que han presentado, el trámite se entenderá desistido y el divorcio tendría que iniciarse nuevamente como un procedimiento causal de divorcio, para lograr conseguir la extinción del vínculo matrimonial judicialmente.

De esa manera y a pesar de que la materia de familia es de orden público y extremadamente sensible para la sociedad, es que puede definirse que al no administrarse justicia en estos procesos por mutuo acuerdo, este tipo de procedimientos podría ser de conocimiento notarial, es decir, pudieran pasar a competencia notarial, teniendo en cuenta que al igual que sucede en los procesos de la mal llamada jurisdicción voluntaria, solo se le ofrece por la jurisdicción un conducto para legalizar el acuerdo de partes ya concebido.

2.1.2 Características de la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo según la Ley 483 del Notariado Plurinacional

Las características son las siguientes:

- Mutuo acuerdo
- No existan hijos menores comunes
- No existan bienes comunes o gananciales sujetos a registro
- No exista pretensión de asistencia familiar, ni procedimiento iniciado en la jurisdicción judicial

La rogación notarial, que es la manera de iniciar el trámite ante notario, será presentada por escrito por ambos cónyuges conjuntamente, con el acuerdo suscrito por ambos y el certificado de matrimonio

Entre los requisitos formales del acuerdo desvinculatorio que debe ser presentado ante Notario se encuentran: la identificación de los cónyuges y domicilio real de los mismos, la manifestación de voluntad de divorciarse expresada por ambos cónyuges, la inexistencia de hijos comunes, la inexistencia de bienes gananciales sujetos a registro, la renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges, y la fecha del documento.

La tramitación consta de dos fases:

1ra fase: la rogación, con los contenidos ya expresados. El Notario da fe de la fecha en que se presenta la petición. Aunque la Ley no aclara, entiendo que el Notario autorizará un acta del hecho de la presentación o recibo de documentos, y de su admisión a trámite en la fecha

2da fase: la ratificación, que deberá ser posterior a los tres meses de la fecha de registro de la solicitud de divorcio notarial, o podrán los cónyuges renunciar al plazo tal como establece el Código de las Familias para el divorcio judicial por mutuo acuerdo.

La presencia de ambos cónyuges deberá ser física ante el Notario y solo se autoriza la representación en caso de ausencia del país.

La Escritura Pública de Divorcio Notarial autorizará la disolución del matrimonio, dejando constancia de su antecedente principal, el certificado de matrimonio que se transcribirá y los documentos probatorios de los requisitos que avalan la competencia notarial.

De la Escritura Pública de Divorcio Notarial se extenderán los testimonios correspondientes y el notario remitirá al Servicio del Registro Cívico testimonio a efectos de cancelación definitiva de la partida matrimonial

Si transcurridos 6 meses de la presentación de la solicitud de divorcio ambos cónyuges no concurren ante Notario a ratificar su decisión de divorciarse su derecho caducará y será archivado el trámite.

En el Reglamento de la Ley 483 del Notariado Plurinacional, Decreto Supremo 2189, en sus artículos del 98 al 101, reglamenta la manera en que han de proceder el Notario y los interesados para autorizar la escritura de Divorcio Notarial.

Entre sus efectos pueden citarse la extinción del vínculo matrimonial, aparece nuevo estado civil y extingue los derechos de herencia entre los ex- cónyuges. Los interesados se presentarán ante la notaria o el notario de fe pública manifestando su libre consentimiento para divorciarse por mutuo acuerdo y presentarán la petición escrita a la que adjuntarán:

- a) Certificado original de matrimonio civil o de la unión libre o de hecho;
- b) Certificado de no propiedad a nivel nacional emitido por Derechos Reales;
- c) Certificación emitida por el Servicio de Registro Cívico - SERECI, de inexistencia de hijas e hijos producto de la unión de ambos cónyuges.

La notaria o el notario de fe pública asentará la comparecencia y la presentación de los documentos, haciendo constar la circunstancia de la misma, prosiguiendo el trámite conforme a ley.

La notaria o el notario de fe pública concluirá el trámite con la autorización de la escritura pública, que finalmente será firmada por los solicitantes y por la notaria o el notario de fe pública.

2.2 El divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. Un estudio de derecho comparado

2.2.1 Sociología del divorcio: algunos estudios relevantes

En las décadas finales del siglo XX se produjo un movimiento internacional en que proliferaron los grupos de investigación sobre el divorcio, porque existían varias tesis doctrinales que planteaban que las leyes de divorcio tenían una influencia directa en la evolución del fenómeno divorcista en el mundo.

Fruto de ese movimiento internacional fue la 7ma. Reunión del Grupo Internacional de investigaciones sobre el Divorcio en Europa, que reunió a investigadores que trabajaron en temas de sociología del divorcio en diferentes instituciones europeas (Alberdi, 2018, 183).

Los resultados expuestos en la misma son de valor para esta investigación porque ella fue dedicada al estudio de la influencia del cambio en las leyes de divorcio en la evolución del número de divorcios.

En cuanto al tema los asistentes llegaron a la conclusión de que es muy moderada esa influencia, porque hay muchos otros factores que van a ser decisivos en la realidad del divorcio, como son el ambiente social, la situación económica de las mujeres, y la aceptación del divorcio en la sociedad.

La influencia de los cambios legales suele aparecer de una forma brusca en un primer momento, como por ejemplo, cuando al suprimir la necesidad de un culpable muchas parejas separadas de hecho deciden ir al divorcio, pero a largo plazo la influencia de las leyes se diluye. De una forma indirecta si influyen las leyes, pues al pasar a formar parte de la normativa general influyen en la configuración de las actitudes. Por ejemplo, la actitud ante el divorcio de la familia cubana es muy diferente a la de la familia boliviana, lo que media entre estas actitudes es los años de divorcio por mutuo acuerdo y divorcio notarial que Cuba ya ha tenido legalmente autorizado. Incluso hasta en asuntos de religión ambas familias tienen rasgos comunes importantes que deberían acercarlas en sus actitudes ante el divorcio, sin embargo, no ocurre así. El factor cultural, tiene una incidencia fuerte en estas diferencias.

El divorcio es tan solo la parte visible del gran iceberg que estaría formado por todos los aspectos de la conflictividad matrimonial. Hay gran cantidad de matrimonios en conflicto que no se reflejan socialmente, otros que viven por separado sin hacer de ello un hecho legal, otros se separan legalmente manteniendo el matrimonio, y por último la ruptura más drástica es el divorcio, la disolución del matrimonio.

El divorcio supone varios pasos previos y todos son socialmente significativos, lo que ocurre es que no se ofrecen al análisis de una forma definitiva. Hacer equivaler solo el divorcio a la inestabilidad familiar es no conocer la dinámica interna de la familia. Hasta llegar al divorcio hay muchos pasos: el matrimonio, la aparición en la pareja de dificultades que no pueden resolver, el cese de la convivencia, el llevar a los tribunales de justicia esta decisión y por último, obtener el divorcio. Es un proceso largo, que a veces no es lineal y que implica la existencia de conflicto conyugal en sus distintos niveles.

La complejidad de este proceso, tan importante de analizar al tratar de la familia, aconsejaría prudencia a todos aquellos que claman en contra de facilitar los trámites legales para que una ruptura matrimonial definitiva obtenga el reconocimiento legal del divorcio, como si éste fuera el causante de la ruptura matrimonial, cuando no es más que el desenlace final de la misma.

2.2.2 Estudio del derecho extranjero sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante Notario

Con este argumento en adelante se realiza el estudio del caso cubano, peruano, brasileño, colombiano y ecuatoriano como representativos de lo que sucede en el ámbito legislativo del divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial en Sur América y el Caribe, y en consecuencia, adoptar determinadas generalizaciones que permitan caracterizar la situación de la legislación divorcista en sede notarial en dicha zona.

2.2.2.1 El divorcio por mutuo acuerdo en el Perú

El año 2006 se presentó el proyecto de ley sobre el divorcio por mutuo acuerdo en Municipalidades y Notarías. Para quienes están en la situación de separación, dicho proyecto era satisfactorio, porque con ello podrían lograr el divorcio

ansiado en menos tiempo. Otros sostenían que los acuerdos en los municipios y notarías deberían ser verificados por el Juez Especializado de Familia.

Dicho proyecto fue aprobado por el Congreso, remitido por el Presidente del Congreso de la República en fecha 15 de mayo del 2008 y Promulgado por el Presidente de la República el día 15 de Mayo del 2008, publicado en el Diario Oficial el Peruano en la fecha del día en el cual escribo este resumen 16 de mayo del 2008.

Asimismo la norma promulgada señala que es el Ministerio de Justicia quien acreditará previamente a las municipalidades que cumplan los requisitos que señale el reglamento que se emitiría en el plazo de 30 días de publicada la ley.

La Ley en mención regula el procedimiento para disolver al matrimonio, mediante la separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, debiendo tenerse en cuenta que dicho proceso es de naturaleza “no contencioso”, es decir, no existe conflicto o controversia entre los cónyuges, denominado como divorcio de mutuo acuerdo, sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos.

Requisitos

1. Requisito Indispensable: Que exista un matrimonio civil válido y que haya transcurrido dos (2) años como mínimo desde la celebración del matrimonio.
2. Otros requisitos.

Es necesario también cumplir con los siguientes requisitos para acogerse a la ley y al procedimiento especial:

1. No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad.

De tener hijos menores o mayores con incapacidad, se deberá contar con una sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad y/o con incapacidad.

2. Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, es decir bienes de la sociedad conyugal.

En caso se tuviera bienes conyugales, se deberá contar con la escritura pública debidamente inscrita en registros públicos, de sustitución (al régimen de bienes separados) o liquidación del régimen patrimonial.

PROCEDIMIENTO:

1. Competencia:

Los cónyuges que deciden separarse convencionalmente y acogerse a la presente ley, deberán recurrir a las Municipalidades, es decir presentarán una solicitud dirigida al Alcalde distrital o provincial, también podrán recurrir a las Notarías, en ambos casos deben ser de la jurisdicción, es decir pertenecientes al último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio.

2. Requisitos de la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior:

Los requisitos de la solicitud y anexos son:

- a) Se presenta una solicitud por escrito, señalando nombre, documento de identidad (DNI) y el último domicilio conyugal, con la firma y huella digital de cada uno de los cónyuges.
- b) El contenido de la solicitud deberá expresar de manera indubitable la decisión de separarse, es decir debe ser clara y expresa
- c) Adjuntar, copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges.
- d) Acta o copia certificada de la partida de matrimonio, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.
- e) Declaración Jurada, con firma y huella digital de cada uno de los cónyuges, de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad.
- f) Si hubiese hijos menores o hijos mayores con incapacidad, Acta o copia certificada de la Partida de Nacimiento, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud y copia certificada de la sentencia judicial firme o acta de conciliación respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores o hijos mayores con incapacidad.

g) En caso que no hubiera bienes, Declaración Jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los cónyuges de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales.

h) En caso que se haya optado por el régimen de separación de patrimonios, es decir el régimen de separación de bienes (bienes de cada cónyuge), presentar la Escritura Pública inscrita en los registros públicos, de separación de patrimonios.

i) En el supuesto que se haya sustituido el régimen de la sociedad de gananciales por el de separación de bienes o se haya liquidado el régimen patrimonial, se presentará copia de la Escritura Pública inscrita en los registros públicos.

La solicitud conforme a los requisitos antes señalados, se presenta ante el Alcalde de la Municipalidad distrital o provincial (debe tenerse en cuenta que la municipalidad haya sido previamente autorizada por el Ministerio de Justicia), también puede presentarse ante el Notario según decidan los aún cónyuges, la autoridad sea Alcalde o Notario, califica la solicitud; es decir, verifica el cumplimiento de requisitos, en el caso que se presente la solicitud a la municipalidad requerirá visto bueno del área de asesoría legal o abogado.

Calificada positivamente la solicitud, el alcalde o notario cita a Audiencia Única en un plazo de 15 días, de no asistir uno o ambos cónyuges se convoca a nueva audiencia en el plazo no mayor a 15 días, si no concurren se declara concluido el procedimiento.

En la Audiencia única los cónyuges aún deberán ratificarse en la solicitud de separación convencional. Una vez ratificados los aún cónyuges en su decisión de separación, el alcalde o notario Declara la Separación Convencional, por Resolución de Alcaldía o Acta Notarial.

Transcurrido dos (2) meses de declarada la Separación convencional, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante quien inició el trámite se declare la Disolución del Vínculo Matrimonial.

Sin más trámite el Alcalde o Notario, mediante Resolución de Alcaldía o Acta Notarial, declarará la disolución del vínculo matrimonial y dispondrá la remisión

de oficios y partes para su inscripción y anotación correspondiente en el registro personal y registro civil.

2.2.2.2 *El divorcio por mutuo acuerdo en Cuba*

Antecedentes:

Antes de la vigencia del Decreto Ley del Divorcio en Cuba los tribunales municipales populares tenían el conocimiento y resolvían los procesos de divorcio en los cuales los cónyuges estaban de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial y no existían contradicciones sobre los efectos jurídicos del acto, ni perjuicios a terceros, lo cual ocasionaba un alto número de expedientes a tramitar en los tribunales sin que efectivamente la actuación de éstos fuera necesaria y, en consecuencia, se dificultaba la agilidad y celeridad de otros trámites legales que por su carácter contencioso, trascendencia jurídica e importancia social requieren de la actuación judicial.

A partir de la vigencia de la Ley número 50 de 28 de diciembre de 1984, “Ley de las Notarías Estatales” se transfirió a la actividad notarial el conocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria referentes a administración de bienes de ausentes, consignación, información para perpetua memoria y declaratoria de herederos que anteriormente se resolvían por los tribunales municipales, lo que permitió a los notarios cubanos acumular una experiencia valiosa en la autorización de dichos actos jurídicos.

Los requerimientos para el perfeccionamiento de los tribunales y la necesidad de disminución y agilización de trámites jurídicos que realiza la población, aconsejaron al legislador cubano a extraer de la competencia de los tribunales populares y transferir a la función notarial el conocimiento y tramitación del divorcio, siempre que no existiere contradicción en los cónyuges en cuanto a las condiciones y efectos jurídicos del mismo, ni perjuicios a terceros, por considerar que el Notario a través del ejercicio de la fe pública, realiza actividades extrajudiciales que garantizan igualmente la eficacia jurídica y legalidad de estos actos, sin que disminuya por ello la trascendencia jurídica e importancia social de éstos (Pérez Gallardo, 2008, 31).

Disposiciones para la tramitación del Divorcio por mutuo acuerdo ante Notario en Cuba.

El divorcio procederá por escritura notarial cuando exista mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmediatos y no se emita por el Fiscal dictamen en contrario, en su caso.

A falta del acuerdo a que se refiere el párrafo anterior o mediando dictamen en contrario del Fiscal sin que sus objeciones sean salvadas, el divorcio se tramitará por la vía judicial.

Los cónyuges solicitarán conjuntamente, por sí o por representación, la disolución del vínculo matrimonial. En caso de representación letrada, un solo abogado podrá representar a ambos cónyuges.

Si los cónyuges no pudieran comparecer conjuntamente ante un mismo notario uno de ellos podrá declarar bajo juramento ante el Notario que elija su conformidad con la disolución del vínculo matrimonial y demás convenciones sobre los efectos inmediatos de dicha disolución. El cónyuge o su representante que presente la solicitud de divorcio ante Notario, entregará a éste copia de la declaración jurada del otro cónyuge.

El Notario, para la tramitación del divorcio, se regirá por los principios y normas del Código de Familia vigente en Cuba y lo establecido en la Ley de las Notarías Estatales y su Reglamento.

El Notario, al analizar las convenciones de los cónyuges y, en especial, las referidas a las relaciones paterno filiales sobre patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos y pensiones, observará que las mismas no atenten contra:

- a) el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores,
- b) la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos,
- c) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores,
- ch) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores y
- d) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres.

El Notario, dará traslado de la solicitud de divorcio al Fiscal cuando a su juicio los acuerdos de los cónyuges atenten contra cualquiera de los aspectos señalados en el artículo anterior o cuando pretendan deferir la patria potestad sobre los hijos comunes menores a favor de uno solo de los padres.

El Fiscal al recibir una solicitud de divorcio de las referidas en el artículo anterior, analizará la procedencia o no de los acuerdos en relación con los intereses de los hijos comunes menores y emitirá un dictamen al respecto, que enviará al Notario encargado de tramitar la solicitud de disolución del vínculo matrimonial

Si el dictamen del Fiscal fuere favorable a las convenciones propuestas por los cónyuges, el Notario continuará la tramitación del divorcio.

Si el Fiscal emite dictamen contrario a alguna de las convenciones propuestas por los cónyuges, el Notario lo hará saber a los interesados por sí, en atención a lo señalado por el Fiscal, aceptan modificar sus acuerdos.

Si los cónyuges modificaren sus acuerdos en correspondencia a lo señalado por el Fiscal, el Notario continuará la tramitación del divorcio. En caso contrario interrumpirá su sustanciación dejando expedita la vía judicial lo que certificará a los interesados.

La escritura notarial que declare el divorcio tendrá fuerza ejecutiva directa e inmediata, a todos los efectos legales a partir de su fecha y contendrá los acuerdos de los cónyuges sobre los aspectos siguientes:

- a) la disolución del vínculo matrimonial,
- b) la determinación en relación con la conservación de la patria potestad sobre los hijos comunes menores, salvo que existiere fallo judicial en contrario, acreditado por alguno de los cónyuges,
- c) el discernimiento de la guarda y cuidado de los hijos comunes menores,
- ch) la determinación de la cuantía de la pensión que corresponda conceder a los hijos comunes menores y al excónyuge, en su caso,

d) el régimen de comunicación de aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos comunes menores de éstos, e) las convenciones de los cónyuges sobre el destino de la vivienda, si procediere,

f) las advertencias legales correspondientes en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en caso de que expresamente declinaren su derecho a realizarla en el propio acto.

Las modificaciones de las convenciones sobre las relaciones paterno filiales referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación o pensiones, que surjan con posterioridad a la fecha de la escritura de divorcio, se resolverán ante Notario, siempre que no exista contradicción entre los excónyuges. Los pronunciamientos dispuestos en las sentencias de divorcio sólo podrán modificarse por el tribunal competente.

El Notario, dará traslado de la solicitud al Fiscal cuando a su juicio la pretensión atente contra:

- a) el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores,
- b) la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos,
- c) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores,
- Ch) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores y
- d) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres

Si se emitiere por el Fiscal dictamen en contrario, el Notario se abstendrá y el asunto se sustanciará por los trámites de los incidentes en el tribunal municipal popular correspondiente, ante el cual se presentará copia de la escritura de divorcio.

De lo resuelto por el Tribunal Municipal Popular, se remitirá certificación a la Notaría correspondiente donde obre la escritura de divorcio.

El incumplimiento por cualquiera de los excónyuges de alguno de los pronunciamientos contenidos en la escritura de divorcio, se resolverá en proceso de ejecución ante el tribunal municipal popular correspondiente.

La resolución judicial que recaiga en el asunto, sólo podrá modificarse por los trámites de incidentes, ante el tribunal competente.

2.2.2.3 El divorcio por mutuo acuerdo en Brasil

En Brasil, la competencia del notario, está autorizada por una norma expresa del Código de Proceso Civil Artículo 1.124-A (Vainsencher, 2008, 123). Se exige como requisitos el mutuo consentimiento de los cónyuges, y no tener hijos menores de edad, o hijos incapaces; en el acto de la audiencia, los cónyuges deben estar asistidos por su o sus abogados, los cónyuges deben estar separados de hecho, por el plazo de dos años. En este caso es necesario la declaración de por lo menos un testigo, que pruebe el particular.

Sin embargo, si hay sentencia de separación judicial o de cuerpos, basta que haya transcurrido un año.

El divorcio deberá constar en escritura pública, que contendrá la descripción y la forma en que se reparten los bienes comunes. Este es un requisito que de todas maneras debe considerarse, y además estarán incluidos en la escritura acuerdos sobre la pensión alimenticia y la convención por la cual la mujer retoma su apellido de soltera.

Se acompañan al escrito de solicitud de divorcio los siguientes documentos: certificado de matrimonio, certificado de nacimiento de los hijos para demostrar que son mayores de edad, la declaración de por lo menos un testigo que lo hará en razón de atestiguar la separación de hecho de la pareja por más de dos años, y el acuerdo de división de los bienes comunes.

Para iniciar el divorcio los cónyuges lo harán personalmente o por medio de apoderado, asistidos por un abogado, y la escritura pública que pone fin al vínculo matrimonial es susceptible de inscripción directa en el registro, escritura que surte sus efectos desvinculatorios para la pareja desde el mismo momento en que se otorga.

Es de advertir, que la ley 11.411 de 04.01 de 2007 (Ley N° 11411/2007 de 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley N° 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°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), refuerza la naturaleza jurídica del matrimonio en el derecho brasileño, como un contrato solemne. Entonces el matrimonio como cualquier otro contrato, se extingue por mutuo acuerdo, mediante anulación. Para celebrar el matrimonio participa el Estado mediante un funcionario o agente público, para declarar el divorcio basta que participe un notario con investidura legal.

2.2.2.4 El divorcio notarial en Colombia

En Colombia, se autoriza la competencia del notario para conocer de divorcios por mutuo acuerdo por Ley N° 962 DE 2005 (artículo 34), con el objeto de descongestionar la carga procesal del Poder Judicial.

Entre los requisitos exigidos para que proceda el divorcio por mutuo acuerdo ante notario están los siguientes: que se exprese debidamente el mutuo acuerdo de los cónyuges sobre que el objeto de los mismos es el divorcio o el cese de los efectos del matrimonio religioso en una petición al notario con autorización de abogado (Ley N° 962/2005 de 8 de julio, publicada en el Diario Oficial, N° 46023, de 6 de septiembre de 2005 y el Decreto N° 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 artículo 34 de la Ley anterior).

Dicha petición deberá contener además los acuerdos de los cónyuges en relación con las obligaciones alimentarias, si es el caso, el estado en que se encuentra la sociedad conyugal, información de la existencia o no de hijos menores de edad que, en caso de haberlos, deberán incluirse además los acuerdos sobre como los padres contribuirán a la crianza, educación y establecimiento de los hijos, la cuantía de la obligación alimentaria, indicando lugar o forma de pago, custodia y cuidado personal de los menores de edad, régimen de visita y periodicidad de las mismas.

Para sustentar dicha petición deberán acompañarse copias o los certificados de matrimonio y nacimiento de los hijos menores de edad, el poder conferido para

la representación de uno de los cónyuges donde de constar expresamente la facultad para suscribir la escritura pública de divorcio, dictamen favorable del defensor de familia, respecto de los acuerdos de los cónyuges sobre sus hijos menores de edad.

En el caso de ausencia de hijos el notario notificará al defensor de la familia para que dentro de 15 días emita su dictamen correspondiente, pero si no lo hace, el notario autorizará la escritura con los acuerdos presentados por los solicitantes.

En cambio, si el dictamen del defensor de la familia contiene observaciones a los acuerdos adoptados por los cónyuges éstos quedan obligados a resolver las observaciones que se le han hecho, de lo contrario se produce el desistimiento.

Sin embargo, si las partes cumplen con el dictamen emitido por el defensor de la familia entonces el Notario podrá otorgar la escritura pública de divorcio.

La escritura pública que pone fin al vínculo matrimonial entre 2 personas protocoliza la solicitud, que deberá contener el acuerdo de los cónyuges por el que piden la cesación de los efectos del matrimonio religioso, o el divorcio; el acuerdo de las obligaciones alimentarias entre los cónyuges, si es el caso, el estado en que se encuentra la sociedad conyugal, se hará referencia a si existen hijos menores de edad, si así fuere deberá hacerse constar el acuerdo sobre la crianza, educación, el monto de la obligación alimentaria, indicando la forma y el lugar de pago, la custodia y el cuidado personal de los menores de edad, así como el régimen de visitas, cualquier documentos anexos (certificación de nacimientos de los hijos, de matrimonio de los cónyuges, etc) y el concepto del defensor de familia, si fuere el caso, cuando existen hijos menores de edad.

La escritura pública en sí misma constituye el título de desvinculación marital, no resulta necesaria ninguna homologación judicial para considerar al matrimonio definitivamente disuelto y a los cónyuges divorciados. El Notario comunicará de la escritura pública de divorcio al Registro Civil para su anotación respectiva.

A partir de ese momento queda disuelto el matrimonio civil o cesan los efectos del matrimonio religioso

Es de subrayar que los cónyuges presentarán la solicitud de divorcio ante notario de su elección, el Notario cumpliendo las normas establecidas para el trámite notarial redactará la escritura pública y la pondrá a disposición de los interesados para que comparezcan a la firma y autorización de la misma por un término de dos meses, al cabo de los cuales, y no habiéndose firmado la escritura por los cónyuges se entenderá desistida la petición.

2.2.2.5 Ecuador y el divorcio por mutuo acuerdo

En Ecuador la competencia notarial sobre actos de divorcio por mutuo acuerdo se autoriza en la propia Ley Notarial, exigiéndose como requisitos el mutuo consentimiento entre los cónyuges, que las parejas que usen este procedimiento sean matrimonios sin hijos menores o bajo su dependencia, y la solicitud esté autorizada por abogado (Decreto Supremo N°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, 2ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007).

El procedimiento Notarial que se describe puede ser instado por los cónyuges directamente o por procuradores especiales.

El notario redactará un acta, que será protocolizada en la que se declarará disuelto el vínculo matrimonial. Esta acta es de reconocimiento de firmas y rúbricas de la solicitud presentada, que además contendrá la ratificación ante Notario que darán en audiencia notarial los cónyuges sobre su voluntad de divorciarse, la cual será convocada por el Notario actuante en un plazo no menor de 60 días.

De no asistir los cónyuges o alguno de ellos a esta primera audiencia el Notario señalará nueva fecha dentro de los 10 días siguientes, sin embargo, en caso de no asistencia a la segunda fecha de audiencia, el Notario archivará la solicitud de divorcio, sin más trámites.

En caso de ser autorizada el acta de divorcio como es debido, el Notario oficiará al Registro Civil para la anotación marginal respectiva y el Registrador devolverá una copia certificada de dicha anotación para que sea incorporada al registro notarial.

2.2.2.6 Consideraciones finales sobre análisis del derecho extranjero consultado

Teniendo en cuenta las consideraciones previas, resulta interesante el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior implementado en Colombia, Cuba, Ecuador, Brasil y recientemente en Perú, en sede notarial, con algunas diferencias sustanciales en dichos sistemas.

Tanto en Brasil como en Ecuador, el divorcio en sede notarial es admitido siempre y cuando no existiesen hijos menores de edad, hijos bajo su dependencia o incapaces. Esto es así, por cuanto en ambos países se refuerza la naturaleza jurídica del matrimonio como un contrato solemne. Entonces el matrimonio como cualquier otro contrato, se puede extinguir por mutuo acuerdo.

El procedimiento establecido en sede notarial es el mismo que puede tener cualquier acto, contrato o negocio jurídico que se otorgue mediante escritura pública. El notario verificará previamente todos los extremos invocados por las partes con la correspondiente documentación respaldatoria, es decir, certificado o libreta de matrimonio, certificado de nacimiento de los hijos, en su caso, para demostrar su existencia o mayoría de edad, documentos de identidad de los cónyuges, o declaración jurada de ambos en el sentido de la inexistencia de hijos.

En Colombia, Ecuador y Cuba a diferencia del resto de los países mencionados, los cónyuges deben efectuar la rogatoria mediante solicitud de divorcio, en algunos casos presentada por abogado, invocando todos los extremos, acompañando prueba documental, como también el acuerdo de los cónyuges respecto del régimen de patria potestad, guarda, alimentos y visita de los hijos menores, régimen de pensión alimentaria de los cónyuges, el destino de los bienes que conforman la comunidad matrimonial de bienes, etc., como también la observación efectuada por el Defensor de Menores o de la familia respecto del acuerdo de los cónyuges con respecto a éstos.

Se contempla también que el divorcio se instrumenta en escritura pública y se registre una vez otorgada ante el Registro Civil respectivo, dejando debida constancia legal del mismo.

Colombia es uno de los países que legisla sobre la intervención del Defensor de Familia, cuando hubiere hijos menores de edad. Los cónyuges presentan al notario el acuerdo sobre los regímenes atinentes a los hijos menores, y éste da traslado de dicho acuerdo al Defensor para que en el plazo de quince días siguientes a la notificación lo observe y emita su concepto. Si el defensor no emite concepto, el notario autorizará la escritura pública de divorcio, teniendo como válido el acuerdo al que llegaron los cónyuges. Ahora bien, si observa el acuerdo, los cónyuges deberán aceptar las modificaciones sugeridas e incluirlas en el acuerdo, de lo contrario se los tendrá como que han desistido del otorgamiento de la escritura.

Puede considerarse que la implementación del divorcio en sede notarial, siempre y cuando esté reglamentado por la ley como lo está, tomando al matrimonio como una institución; en el que se debe tener en cuenta, al momento de disolverlo, la necesidad de resguardar y preservar los derechos y bienestar de los hijos menores y la unidad y armonía familiar, como base de formación de nuestra sociedad; puede ser en Bolivia, un procedimiento válido y facilitador; toda vez que permite que el divorcio sea un proceso más simple y pacífico, y por ende menos traumático para cada uno de los miembros que conforman la familia, reduce notablemente los plazos de tramitación del mismo, otorga la solemnidad, seguridad jurídica y discreción que dicho proceso requiere, como también contribuye a descomprimir el sistema judicial, que tiene jurisdicción específica en procesos contradictorios.

Pérez Gallardo refiriéndose al tema expresa:

(...) la judicialización del divorcio obedece más a razones históricas, fruto de una época en que jurisdicción y administración estaban encomendadas a jueces, que a la propia esencia de esta institución. No ofrece más garantías un juez que otro funcionario, como pudiera ser un Notario, a quien el derecho le atribuya funciones controladoras y fiscalizadoras del cumplimiento de la legalidad...El notario al intervenir en el divorcio, lo haría como creador del nuevo derecho preventivo, controlando la legalidad de los acuerdos entre los cónyuges, sin

contradicciones, ni lesión de los intereses de los hijos menores, ni de uno de los cónyuges, de modo que la escritura pública de divorcio esté apta para el tráfico jurídico, garantizando la debida publicidad del acto, sin el coste personal y patrimonial que un largo y tortuoso proceso de divorcio en sede judicial causa a todos los implicados en él. (Pérez Gallardo, 2008, 46)

Se debe tener en cuenta que en el ejercicio de la función notarial, el notario da seguridad, valor y permanencia a los hechos y actos jurídicos, logrando con su intervención imparcial la correcta interpretación de la voluntad de las partes. La imparcialidad del notario, intrínseca en su función, otorga la garantía de acuerdos justos y equitativos sobre todo respecto de los hijos menores de edad.

El notario, como profesional del derecho, conoce el Derecho de Familia, por tanto, el ejercicio de su función se encuentra garantizado, siempre y cuando, sepa exigir el cumplimiento de los requisitos formales que la ley en forma expresa le impone observar.

CAPÍTULO III

3 Análisis y procesamiento de la información

Este capítulo tiene el marcado objetivo de lograr hacer un diagnóstico de las opiniones de la comunidad jurídica boliviana sobre el tema en estudio, y las soluciones que -en su criterio- deben ser adoptadas a fin de perfeccionar el diseño jurídico del procedimiento notarial de divorcio por mutuo acuerdo para que eficazmente colabore con la desjudicialización de este tipo de divorcios.

Para ello se utilizó como instrumento de recogida de información la encuesta, aplicada a 240 profesionales juristas entre abogados libres, notarios, y jueces en las ciudades del eje troncal del país, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

3.1 Recolección, presentación, análisis e interpretación de los datos

En la Investigación jurídica, la recolección de datos es aquel proceso de obtención de información empírica que permite medir las variables en las unidades de análisis, a fin de obtener los datos necesarios para el estudio del problema o aspecto de la realidad social motivo de investigación. (Chávez de Paz, 2017, 15)

Si una técnica de recolección de datos es útil y eficiente en el proceso de investigación define su cientificidad en razón de cuatro cuestiones a tener en cuenta: responde a las necesidades de un problema de investigación científico, es planificada, se aplica de manera controlada, y sus resultados son verificables.

La técnica de recolección de datos utilizada en esta investigación ha sido el cuestionario. El cuestionario está conformado por un conjunto de preguntas escritas, que -aplicado a personas consideradas expertos en el tema a investigar- permiten obtener información empírica necesaria al investigador para resolver el problema de investigación.

En la aplicación del cuestionario el investigador tendrá que tener en cuenta las fases que debe seguir inexorablemente. Las fases a seguir, según Chávez de Paz, son las siguientes:

a) Determinación de los objetivos del cuestionario, que están referidos a obtener información para analizar el problema motivo de la investigación.

- b) Identificación de los variables a investigar, que orientan el tipo e información que debe ser recolectado.
- c) Delimitación del universo o población bajo estudio, donde será aplicado el cuestionario; las unidades de análisis o personas que deben responder al cuestionario; y el tamaño y tipo de muestra de unidades de análisis que permita identificar a los informantes y al número de ellos.
- d) Selección del tipo de cuestionario y forma de administración.
- e) Elaboración del cuestionario como instrumento de recolección de datos.
- f) El pre-test o prueba piloto.
- g) Aplicación del cuestionario o trabajo de campo para la recolección de los datos.
- h) Crítica y codificación de la información recolectada.
- i) Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información recolectada (Chávez de Paz, 2018, 10)

El cuestionario puede elaborarse con dos tipos de preguntas:

- a) La pregunta cerrada o estructurada; es la más utilizada y presenta respuestas determinadas que el encuestado deberá elegir. En este tipo de preguntas siempre existe el riesgo de que la respuesta que quisiera ofrecer el encuestado no esté prevista; por ello, es preciso incluir en este tipo de preguntas una opción de respuesta que favorezca tal posibilidad. La principal ventaja de este tipo de pregunta es que facilita su procesamiento y análisis estadístico.
- b) La pregunta abierta o desestructurada que deja en total libertad para expresarse en cualquier sentido al encuestado. Su ventaja es que puede obtenerse una información fidedigna del encuestado pero es difícil de procesar a nivel estadístico.

Así que, en el proceso de investigación por encuesta, primeramente se plantean los objetivos y se prepara el instrumento de recogida de información, con posterioridad se realiza la planificación de la recogida de datos y por último, se ordena el análisis e interpretación de la misma.

El cuestionario está dirigido a conseguir los objetivos planteados, por tanto, se debe diseñar en correspondencia con ella, sin dejar de lado algunas cuestiones que es preciso tener en cuenta, como ciertas características de la población a encuestar, (como por ejemplo, en esta investigación interesa que sean juristas con al menos cinco años de experiencia en la profesión, notarios, registradores de derechos reales, jueces o abogados libres) y cómo va a ser aplicado, es decir, el sistema de aplicación que se utilizará. Incluso, es preciso resaltar la importancia de elegir las cuestiones a preguntar, seleccionar el tipo de preguntas, y su número, y determinar su orden en el cuestionario.

En este sentido, se trabajó según indica Ruiz Bueno,(Ruiz Bueno 2014) entendiendo la operacionalización como proceso fundamental en la construcción del instrumento que consiste en traducir las dimensiones en elementos medibles; es decir, pasar de las dimensiones a los indicadores, y de los indicadores a las preguntas. A continuación se elabora la tabla de especificación que recoge las dimensiones, los indicadores y los ítems que les corresponden. Este procedimiento –junto con la validación por expertos– permite probar la validez de contenido, que consiste en comprobar si las dimensiones quedan cubiertas con preguntas adecuadas. Como resultado de este proceso, se elabora la primera versión del cuestionario (Escofet et al. 2016, 933)

Tabla 1: Tabla de especificación

Concepto.Definición	Dimensiones	Indicadores	Ítem
<p>Remodelación del procedimiento de divorcio notarial por mutuo acuerdo: Resulta de un nuevo diseño de competencias notariales en el ámbito del divorcio por mutuo acuerdo.</p> <p>Descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia: significa eliminar de la competencia judicial asuntos en los que el juez no administra justicia, lo que le permite mayor disponibilidad.</p>	Teórica y doctrinal	Fundamentos teóricos y doctrinales	1-3
	Sustantiva	Reconocimiento normativo en el Código de las Familias	4-6
	Adjetiva	Reconocimiento de competencias notariales en vía voluntaria en la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento	7-9

Fuente: Elaboración propia, 2021

Si, como se ha dejado dicho, la validez de contenido del cuestionario, se refiere al grado en que el proceso de pasar de lo teórico a lo empírico mide el concepto en cuestión (Ruiz Bueno, 2014) resultó necesario someter la primera versión del cuestionario a un procedimiento de validación por expertos, para demostrar la validez de contenido del mismo.

En este proceso participaron 10 profesionales (entre abogados, notarios y jueces) expertos en la materia, seleccionados por la investigadora, cuyos

criterios acerca del instrumento de medición -en cuestión- fueron incorporadas al mismo, elaborándose la segunda versión del cuestionario.

Esta segunda versión del cuestionario se somete a una prueba piloto. Los objetivos que orientan la aplicación de la prueba piloto del cuestionario son los siguientes (Escofet, et al., 2016):

- 1) probar la fiabilidad del cuestionario
- 2) comprobar si los profesionales a los que se destina el cuestionario, entienden correctamente los diferentes ítems planteados
- 3) probar si el cuestionario se puede resolver en un tiempo razonable;
- 4) ver si es posible cerrar las opciones de respuestas de alguna de las preguntas, tomando en cuenta las respuestas recibidas
- 5) comprobar si se trata de un cuestionario de interés para los profesionales abogados
- 6) analizar si los ítems formulados responden a los objetivos para los que están diseñados

La prueba piloto fue realizada a un grupo de profesionales escogidos entre los que tenían más de cinco años de servicio como Notarios, jueces o abogados que ejercen la profesión libre, con grado en derecho; en un total de 30 profesionales, de las ciudades del eje troncal del país: La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. En la siguiente figura se representan las características de los participantes en la prueba piloto:

Tabla 2: Participantes en la prueba piloto

Participantes	Número de Participantes
Notarios	10
Jueces	10
Abogados en ejercicio libre	10

Fuente: Elaboración propia, 2021

Tabla 3: Estudios de posgrado de la prueba piloto

Ciudades del eje troncal del país en que se realizó la prueba piloto	Doctorado	Maestría	Especialidad
La Paz	1	8	1
Cochabamba	1	7	2
Santa Cruz	0	8	2

Fuente: Elaboración propia, 2021

Para probar la consistencia interna se ha utilizado en este estudio el coeficiente alfa de Cronbach. De su empleo dice Escofet:

La ventaja de utilizar esta medida es que permite encontrar la posibilidad de evaluar cuánto mejoraría (o empeoraría) la fiabilidad de la prueba si se excluyera un determinado ítem. De este análisis se puede concluir que el resultado de las escalas analizadas es fiable, si la aportación de cada ítem a su respectiva escala (índice de homogeneidad corregido, que proporciona la capacidad de discriminación) es, en todos los casos, un valor positivo. (Escofet, et al., 2016)

Tabla 4: Resultados del análisis de fiabilidad

Pregunta sobre:	Nº de ítem	Índice de homogeneidad corregido	Alpha de Cronbach
Fundamentos teóricos y doctrinales	1-3	3/3 Positivo	0.82
Fundamentos normativos sustantivos	4-6	3/3 Positivo	0.81
Fundamentos normativos adjetivos	7-9	3/3 Positivo	0.80

Fuente: Elaboración propia, 2021

La prueba piloto determinó la fiabilidad del cuestionario y la validez de la tabla de especificación adoptada, confeccionándose un instrumento definitivo que consta de 3 preguntas de múltiple alternativa, elaboradas con las siguientes características:

Tabla 5: Tipo de pregunta para cada Ítems

Ítem	Tipo de pregunta
1-3	cerrada, de opción múltiple, y de valoración
4-6	cerrada, de opción múltiple, y de valoración
7-9	cerrada, de opción múltiple, y de valoración

Fuente: Elaboración propia, 2021

Este instrumento cuestionario, confeccionado definitivamente de la forma que se ha explicado, fue aplicado a una muestra no probabilística conformada por 240 profesionales juristas entre ellos notarios, jueces, y abogados en el ejercicio libre, de los departamentos de Santa Cruz, Cochabamba y La Paz, en número de 80 profesionales en cada departamento, grupo conformado de la siguiente forma: 40 notarios, 30 jueces, y 10 abogados en el ejercicio libre.

La muestra es no probabilística, muestreo discrecional, porque la elección de los encuestados no se determinó por probabilidades, ni fórmulas matemáticas, sino por las características de la investigación. La utilidad de este tipo de muestra se manifiesta en una cuidadosa y controlada elección de los sujetos considerados expertos en la materia que se investiga, cuestión que colabora efectivamente con los objetivos propuestos en la investigación.

Según el Programa de Innovación de la Unión Europea:

El muestreo discrecional es una técnica de muestreo no probabilístico donde el investigador selecciona las unidades que serán muestra en base a su conocimiento y juicio profesional. Este tipo de técnica de muestreo también se conoce como muestreo intencional y muestreo por juicio.

El muestreo discrecional se utiliza en los casos en que la especialidad de una autoridad puede seleccionar una muestra más representativa que pueda arrojar resultados más precisos que mediante otras técnicas de muestreo probabilístico. El proceso consiste en elegir intencionalmente a

dedo a los individuos de la población sobre la base del conocimiento o juicio de la autoridad o investigador. (Programa de Innovación de la Unión Europea 2020, 2020)

La información obtenida mediante el cuestionario se procesó con el fin de obtener conclusiones útiles y pertinentes a los fines de la investigación. Para ello, se codificó, analizó, e interpretó la información obtenida a través de la aplicación de dicha técnica.

Para el análisis de la información recogida en la encuesta, se estudiaron las respuestas a cada pregunta aislada, y luego las relaciones entre las respuestas a todas las preguntas; para de tal manera, interpretar los datos en el contexto en que fueron recogidos y extraer, en fin, conclusiones.

En el trabajo de campo, la investigación utiliza el análisis de datos cuantificados para determinar lo que es típico en el grupo estudiado y se interpreta cotejando los resultados obtenidos con el objetivo formulado por el investigador y el resultado de ese cotejo se relaciona con la teoría y los procedimientos de investigación.

Cuando este procedimiento de interpretación ofrece unos resultados que permiten lograr el objetivo deseado, es preciso preservar la interpretación obtenida para que ella no exceda a la información que se ha obtenido de los datos preliminares. En este momento es preciso tener en cuenta la necesaria validación de los datos obtenidos y las restricciones que se han presentado en el proceso que pudieron perturbar los mismos.

Sin dudas, todo ello lleva a la conformación de un argumento sólido que permita sostener la consecución del objetivo de la investigación, claro que las características de esa argumentación jurídica pueden definirse claramente en palabras de Mixan Mass, que afirma:

Es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz

vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener, secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirme o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad o incompatibilidad, etc., de la norma jurídica en el caso concreto, que, en síntesis, conduzcan al sujeto cognoscente a asumir la decisión que sea la solución adecuada y válida. (Mixan Mass, 2002, p. 269)

Nótese que este concepto de argumentación jurídica que ofrece Mixan Mass puede utilizarse en cualquier contexto jurídico decisonal, lo mismo en la fundamentación del fallo, que en investigaciones como la que se presenta. La argumentación jurídica en conjunción con el método de investigación permite comprobar la consecución del objetivo pretendido, y le permite al investigador conocer la firmeza de la misma.

La encuesta que se practicó es la siguiente:

3.2 Encuesta

Estimado colega:

Esta es una encuesta destinada a corroborar algunos criterios sobre las cuestiones referidas a las características que pudiera tener un nuevo modelo de divorcio notarial por mutuo acuerdo, a fin de lograr el descongestionamiento eficaz del sistema judicial de familia en el país.

Forma parte de una investigación a que me dedico que será motivo de Tesis de Maestría en Derecho Notarial dentro del Programa de Maestría del mismo nombre, que desarrolla la Universidad Andina Simón Bolívar, con sede en Sucre.

De antemano le ofrezco mi agradecimiento, por su colaboración.

1. Seleccione de las siguientes opciones, las cuestiones que -a su juicio- pueden considerarse como fundamentos teóricos y doctrinales que

sustentan un nuevo modelo de tramitación notarial del divorcio por mutuo acuerdo a fin de descongestionar efectivamente los estrados judiciales familiares en el país. Valore en la escala, el grado de incidencia que usted le concede a la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo y 0 el grado mínimo.

a) __ Naturaleza administrativa y no jurisdiccional de la denominada jurisdicción voluntaria

Valoración: 5 4 3 2 1 0

b) __ Naturaleza autenticadora y legitimadora de la función notarial

Valoración: 5 4 3 2 1 0

c) __ El reconocimiento de la fuerza vinculante del documento público notarial

Valoración: 5 4 3 2 1 0

2. Seleccione de las siguientes opciones, las cuestiones que -a su juicio- pueden considerarse como fundamentos normativos -de carácter sustantivo- necesarios a un nuevo modelo de tramitación notarial del divorcio por mutuo acuerdo a fin de descongestionar efectivamente los estrados judiciales familiares en el país. Valore en la escala, el grado de incidencia que usted le concede a la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo y 0 el grado mínimo.

a) __ Eliminar las restricciones legales a la competencia notarial en el ámbito del divorcio por mutuo acuerdo

Valoración: 5 4 3 2 1 0

b) __ Conceder competencia notarial sobre asuntos asociados al divorcio de parejas con hijos (guarda y cuidado, régimen de comunicación, alimentos)

Valoración: 5 4 3 2

1 0

c) __ Atribución de competencias al Notario para tramitar la liquidación de la Comunidad de gananciales

Valoración:

5 4 3 2 1 0

3. Seleccione de las siguientes opciones, las cuestiones que -a su juicio- pueden considerarse como fundamentos normativos -de carácter adjetivo- necesarios a un nuevo modelo de tramitación notarial del divorcio por mutuo acuerdo a fin de descongestionar efectivamente los estrados judiciales familiares en el país. Valore en la escala, el grado de incidencia que usted le concede a la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo y 0 el grado mínimo

a) __ Introducir en la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial la obligación legal del Notario de remitir para su Dictamen a la Defensoría de la Niñez y adolescencia, el Convenio regulador de divorcio presentado por los conyuges ,en caso de hijos menores

Valoración: 5 4 3 2 1 0

b) __ Garantizar -en la audiencia notarial de divorcio por mutuo acuerdo- el derecho de los menores a ser oídos en relación con los acuerdos de los padres que les afecten, en los casos en que sea posible la exploración del menor, teniendo en cuenta las orientaciones de la Defensoría

Valoración: 5 4 3 2 1 0

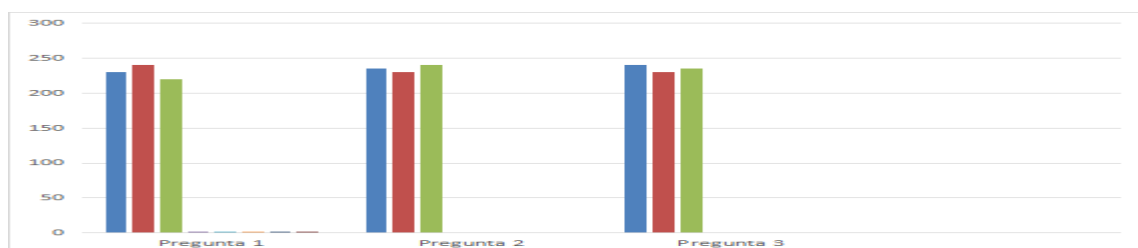
c) __ Tramitación en la vía voluntaria notarial del nuevo modelo de divorcio notarial por mutuo acuerdo

Valoración:

5 4 3 2 1 0

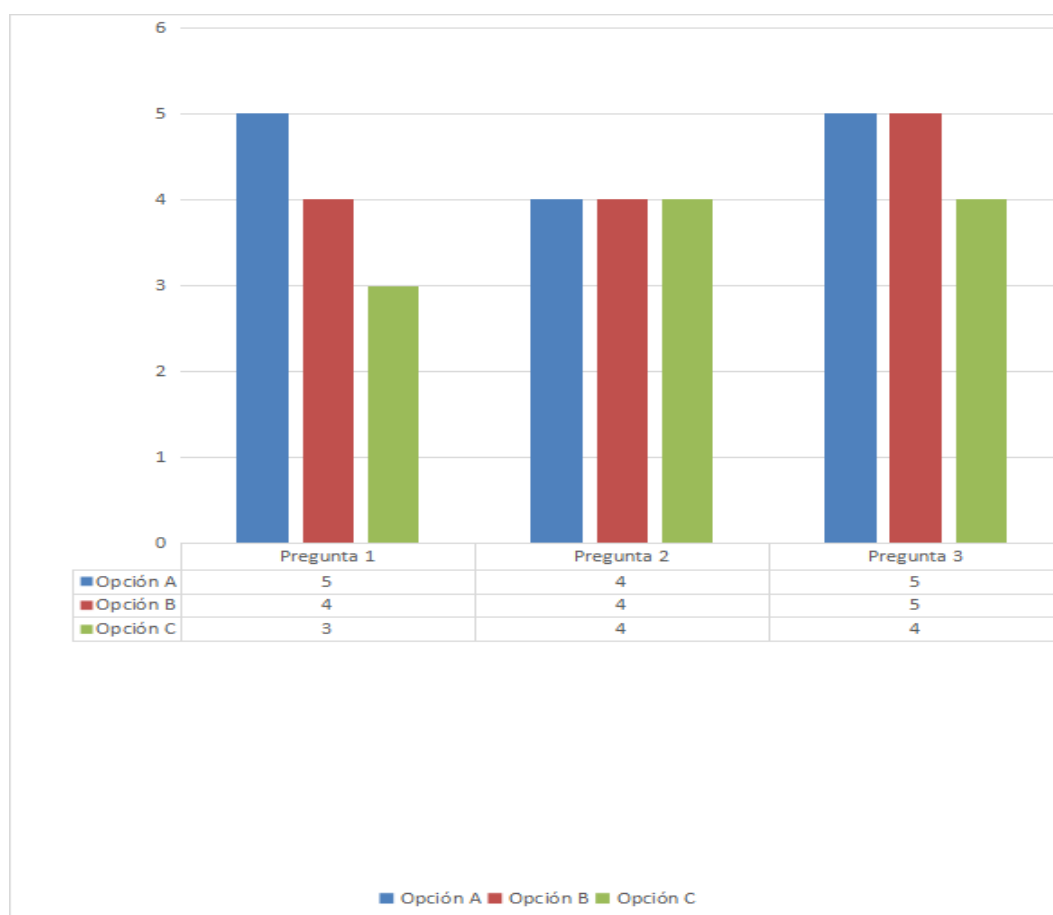
3.2.1 Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos con la encuesta.

Gráfico 1: Comportamiento de Opciones por preguntas



Fuente: Elaboración propia, 2021

Gráfico 2: Comportamiento de la valoración (expresada en moda) de cada opción de pregunta



Fuente: Elaboración propia, 2021

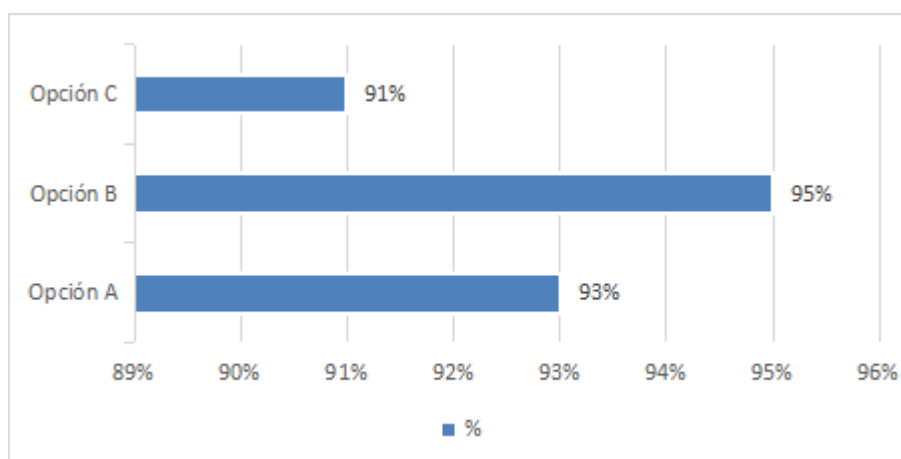
Análisis de los datos obtenidos

Del análisis de los datos obtenidos con la encuesta y luego de procesados los mismos, pueden determinarse las opciones más votadas en cada pregunta. En la pregunta 1, la más votada fue la opción B y sin embargo, no es la más valorada. En la pregunta 2, las más votadas fueron las opción C, que está entre las de mayor valoración. En la pregunta 3, las más votada fue la opción A, que de la misma manera se encuentran entre las más valoradas.

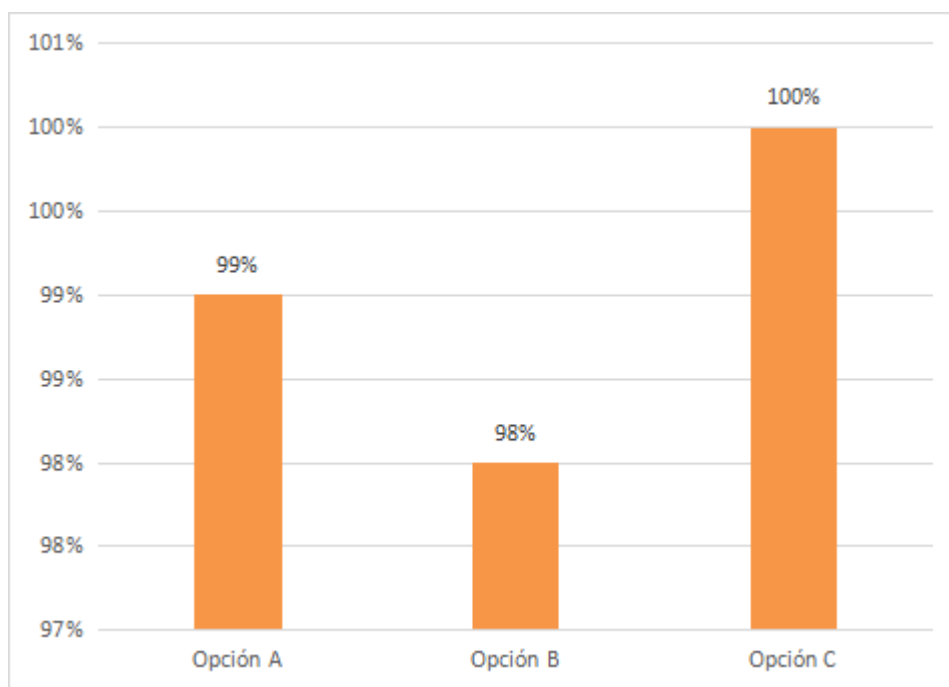
Hay que estimar que entre todas las opciones de respuesta la de menor votación es la opción C de la pregunta 1, que se encuentra también entre las menos estimadas en su valoración con un 3 de moda, lo que significa que todas las opciones son dignas de ser tomadas en cuenta a pesar de no ser exactamente las más votadas o valoradas.

En adelante, los porcentajes obtenidos en la selección de las diferentes opciones de cada pregunta:

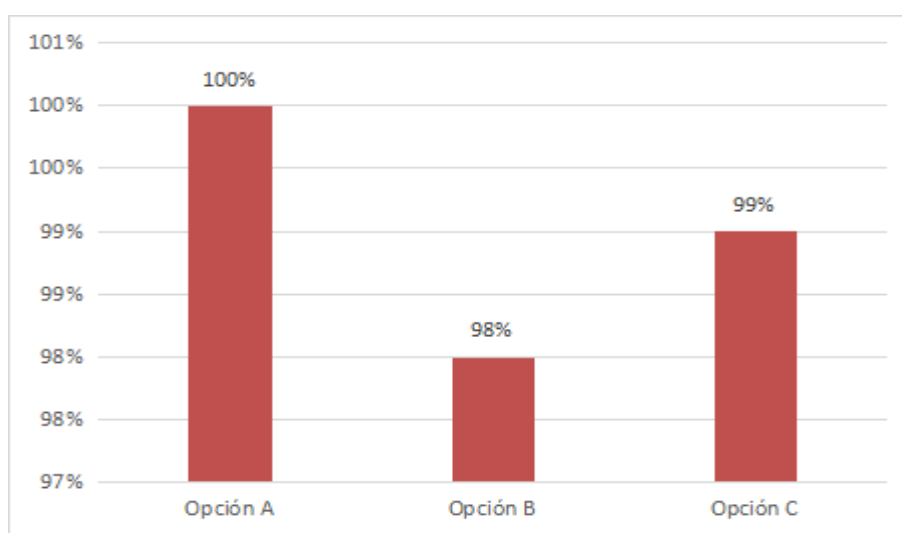
Gráfico 3: % Pregunta 1



Fuente: Elaboración propia, 2021

Gráfico 4: % Pregunta 2

Fuente: Elaboración propia, 2021

Gráfico 5: % Pregunta 3

Fuente: Elaboración propia, 2021

De los datos obtenidos puede decirse que las opciones todas de las tres preguntas quedan habilitadas por los encuestados por haber obtenido mayorías de voto importantes, todas por encima de 218 votaciones de los 240

encuestados, lo que equivale a un mínimo del 91% de los encuestados a favor; todos los demás porcentajes obtenidos en las diferentes opciones de respuestas de las tres preguntas son mayores.

Interpretación de los datos

Tratando de interpretar los datos resultantes de la encuesta puede asegurarse que entre los encuestados existe preferencia por considerar que el fundamento teórico y doctrinal principal que sustenta la necesidad de un nuevo modelo de tramitación notarial del divorcio por mutuo acuerdo a fin de descongestionar efectivamente los estrados judiciales familiares en el país es la naturaleza autenticadora y legitimadora de la función notarial, que invita a la reivindicación para la función notarial de la mal llamada jurisdicción voluntaria.

En cuanto a la segunda pregunta, los encuestados son del criterio que el fundamento normativo-sustantivo más importante en este caso es la atribución de competencias al Notario para tramitar la liquidación de la Comunidad de gananciales, lo que significa que el notario puede tramitar el divorcio por mutuo acuerdo sin restricción alguna e igualmente llegar a consolidar los acuerdos de los cónyuges sobre la titularidad de los bienes y deudas de la extinta comunidad de gananciales.

La tercera pregunta intentó explorar el criterio de la comunidad de encuestados sobre los fundamentos normativos de carácter adjetivo que pudieran caracterizar un nuevo modelo de divorcio notarial para descongestionar el sistema judicial de familia y concluyen los encuestados -en mayoría abrumadora- que es preciso introducir en la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial la obligación legal del Notario de remitir para su Dictamen a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, el Convenio regulador de divorcio presentado por los conyuges ,en caso de hijos menores, mostrando de tal forma la preocupación de la comunidad jurídica consultada por garantizar la tutela reforzada al interés superior de los menores hijos en este tipo de divorcio por mutuo acuerdo.

Es de resaltar la coherencia entre las respuestas aportadas en las preguntas 1, 2 y 3, que puestas en relación permiten fortalecer la estabilidad y consistencia de los resultados obtenidos.

3.3 Diagnóstico

El estudio empírico realizado confirma que la comunidad jurídica encuestada entiende que pueden ser habilitadas todas las opciones propuestas en un nuevo modelo de divorcio notarial, sin embargo, especialmente distingue desde el ámbito teórico doctrinal, la naturaleza jurídica de la función notarial, desde lo normativo sustantivo reclama atribución de competencias para escriturar el acuerdo de los cónyuges sobre la liquidación de su comunidad de gananciales extinta, y desde lo adjetivo impone como condición la necesaria tutela de interés superior del menor en la tramitación notarial de los divorcios por mutuo acuerdo, requiriéndose en todo caso que el Notario solicite dictámen sobre el acuerdo regulador de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, si es que hay hijos menores.

CAPÍTULO IV

4 PROPUESTA

4.1 Fundamentos

En adelante se enumeran una serie de elementos que inciden como fundamentos teórico-doctrinales, normativos sustantivos y adjetivos de la propuesta que contiene y conforma esta investigación:

- a) El diseño extrajudicial de un divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo sin restricciones va a suponer una descarga de trabajo para los tribunales y una agilización del trámite, por lo que la reforma merece desde ambos puntos de vista un juicio positivo, ya que estas ventajas se consiguen sin merma de los derechos y garantías de los ciudadanos, ni de sus menores hijos
- b) Es inútil sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica matrimonial o de unión libre por razones incomprensibles a las personas por ella vinculadas. La desjudicialización del divorcio y la desvinculación, serán la última consecuencia del proceso de desinstitucionalización y liberalizador del matrimonio
- c) La autoridad pública que conoce del divorcio y o desvinculación fundamentalmente debe controlar la capacidad y la correcta formación de la voluntad de las partes, que es lo que -en esencia- hace un notario al autorizar las escrituras públicas.
- d) El notario, al intervenir en el divorcio o desvinculación Notarial, lo hace controlando la legalidad de los acuerdos entre los cónyuges, sin contradicciones, ni lesión de los intereses de los menores hijos, ni de uno de los cónyuges, de modo que la escritura pública de divorcio esté apta para el tráfico jurídico, garantizando la debida publicidad del acto, sin el costo personal y patrimonial que el proceso judicial de divorcio origina, lo que conduce a conseguir el descongestionamiento judicial esperado.
- e) La posibilidad de potenciar y ampliar la tramitación de un divorcio o desvinculación ante notario público, que incluya la posibilidad de definir igualmente sobre sus efectos, es una tendencia que ha convencido a los

legisladores de nuestra área geográfica. En el ordenamiento civil no debe existir una prevalencia de la función judicial sobre la notarial, en razón de las garantías que para los hijos habidos de ese matrimonio a disolver se ofrece, tanto en una vía como en la otra, de modo que han de quedar protegidos debidamente todos los intereses, con especial atención a los menores, sometiéndose los acuerdos de los cónyuges a un control de legalidad y de equidad.

f) El notario, determina si los acuerdos del Convenio regulador se ajustan a las normas y principios del Código de las Familias sobre todo en lo concerniente a guarda y cuidado, régimen de visitas, autoridad de los padres y asistencia familiar, extremos en los que se protegerá el interés superior del menor, por lo que el Notario al recibir el escrito de solicitud, debe determinar el alcance de los pactos y abstenerse de actuar ante la más mínima lesividad a los intereses de los menores hijos.

Por ello, la propuesta acoge los criterios de la comunidad jurídica sobre el tema, afirmando que, en caso de duda del Notario, sobre el buen hacer de los padres sobre sus menores hijos, el acuerdo regulador presentado ante Notario deberá ser susceptible de dictámen positivo de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, en aras de proteger el interés superior del niño.

g) La escritura pública de divorcio será título para acreditar la titularidad y ejercicio de la autoridad de los padres, de la guarda y cuidado sobre los menores hijos, del progenitor beneficiado con ella, las reglas del régimen de visitas a favor del otro de los progenitores y título ejecutivo en relación con la asistencia familiar de la que son acreedores los menores frente al progenitor que no ostenta sobre ellos guarda y cuidado o el cónyuge, si fuera el caso.

h) Además de la agilidad en su tramitación, otra ventaja sustancial de esta vía notarial es la posibilidad de incluir en el convenio regulador otros negocios jurídicos entre los cónyuges, teniendo como límite que el convenio regulador no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación comercial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida

i) La vía notarial permite incluir en el mismo convenio regulador la posibilidad de establecer garantías reales o personales para el cumplimiento del acuerdo.

j) La acción del divorcio notarial, se caracteriza por ser eminentemente personal, basado en elementos subjetivos de la voluntad y el cumplimiento de ciertas formalidades como elementos extrínsecos que viabilizan la disolución de la relación jurídica creada entre los esposos, o la desvinculación de los convivientes unidos por relaciones libres o de hecho (unión libre).

k) La Ley del Notariado Plurinacional promulgado mediante la Ley No. 483 en fecha 25 de enero 2014, solo regula el divorcio matrimonial, o sea, solo establece la posibilidad de la disolución del vínculo jurídico matrimonial válido, celebrado bajo la ley del Registro Civil, sin embargo, es la legislación del Código de las Familias y del Proceso Familiar, promulgado mediante la Ley No. 603, de fecha 19 de noviembre de 2014, el que se encarga de ampliar la facultad de desvincularse jurídicamente mediante una acción notarial en las relaciones libres de hecho constituidas por los convivientes mediante el registro legal de su unión.

l) De esta misma forma es la legislación del Código de las Familias y del Proceso Familiar, promulgado mediante la Ley No. 603, de fecha 19 de noviembre de 2014, el que se encarga de establecer la posible renuncia al plazo de ratificación de la voluntad de divorciarse o desvincularse. Es criterio de la autora –por ello- que igualmente el Notario podrá –siguiendo al Código de las Familias- autorizar la renuncia al derecho al plazo que tienen los requirentes en su caso, tal como se tiene previsto

Desde el punto de vista técnico, no existe obstáculo alguno para que el Notario disfrute de competencias amplias sobre el divorcio o desvinculación notarial y sus efectos para todo tipo de parejas, incluso aquellas que tengan hijos menores, bienes gananciales y pretensiones económicas de asistencia familiar.

El Notario es también un profesional del derecho que tiene delegada la fe pública del Estado, quien autoriza un documento público contentivo de los derechos que nacen de los actos de los particulares, garantiza en los actos que autoriza autenticidad de fondo, autenticidad formal y autenticidad corporal, las que conforman un triple control de legalidad que fundamenta el sistema de seguridad

jurídica preventiva a que pertenece. Documento notarial que –además- está dotado de eficacia probatoria privilegiada, presunción de veracidad, considerado título de legitimación, y que genera ejecución directa. Con estas credenciales puede decirse que la función notarial disfruta de igual prestigio que la función judicial.

En consecuencia, sostener que la función judicial es la única competente en asuntos de divorcios de parejas con hijos en razón de las garantías que para los hijos habidos de ese matrimonio que se va a disolver se ofrece, resulta un contrasentido porque tanto en una vía como en la otra, han de quedar protegidos debidamente todos los intereses en juego, con especial atención de los menores, sometiéndose los acuerdos o convenciones de los cónyuges a un doble control: uno de legalidad y otro de justicia o equidad, y en su caso, a dictámen positivo de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

Es preciso resaltar la importancia de darle mayor protagonismo a los cónyuges en sede de divorcio, lo cual supondría que la solución obtenida sea de su propio agrado, se simplifique el proceso; se obtenga el divorcio con celeridad; el coste económico, psicológico y social resulte reducido; se logre mayor predisposición al cumplimiento futuro de las convenciones obtenidas y a su vez ambos ex cónyuges se vean imbuidos, una vez obtenido el divorcio, en mantener una estable y armónica relación entre ellos y con sus hijos, verdaderamente provechosa para todos y, en última instancia, dicha desjudicialización logrará el fin perseguido: el descongestionamiento del sistema judicial familiar en Bolivia.

La pregunta en este estado sería ¿desjudicializamos el divorcio solamente? o ¿también sus consecuencias?

Desjudicializar el divorcio solamente ha implicado un avance legislativo importante pero si se quiere una transformación profunda del derecho de familia en el país en razón de favorecer el descongestionamiento del sistema judicial familiar en Bolivia no habrá que desjudicializar el divorcio solamente, sino seguir la experiencia de los países del sur de América que han acompañado a la desjudicialización del divorcio la de otros procesos que lo complementan.

De esta manera pudiera hablarse de la liquidación de la sociedad de gananciales por acuerdo entre los cónyuges, y de la adopción de las medidas relativas a la guarda y cuidado, alimentación, manutención, régimen de comunicación y autoridad de los padres sobre los hijos menores o incapacitados, e incluso de la separación de los cónyuges que así lo prefieran.

Así cuando una pareja decida poner fin a su convivencia marital y quiera resolver todos sus asuntos amigablemente tendrá cauces apropiados para hacerlo, si el derecho puede ofrecerle un procedimiento extrajudicial que -con todas las garantías que los asuntos de familia necesitan- les aporte una solución rápida, efectiva, de tutela jurídica a sus problemas, favoreciendo en todo caso el descongestionamiento efectivo de los juzgados y tribunales de familia en el país.

4.2 La propuesta concreta: Un nuevo modelo de procedimiento notarial de divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo, para lograr el descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia

I. Que el divorcio por mutuo acuerdo se someta a la competencia y jurisdicción de los Notarios del lugar de la celebración del matrimonio o del lugar de residencia actual de los cónyuges, tengan éstos hijos menores o no, de esa forma se logra desjudicializar el trámite de divorcio y en su caso hacer las modificaciones pertinentes al procedimiento familiar de divorcio.

II. Que igualmente se desjudicialicen los procedimientos de adopción de medidas de guarda y cuidado, asistencia familiar, manutención, régimen de comunicación, y autoridad de los padres que son consecuencia del divorcio, para que aquellas parejas con hijos puedan adoptar las medidas necesarias en relación con esos particulares y puedan legalizar sus acuerdos -igualmente- ante Notario y conjuntamente con el divorcio.

III. Que se habilite el procedimiento extrajudicial ante Notario de la liquidación y extinción de la sociedad de gananciales entre los cónyuges, si es que hay acuerdo entre ellos sobre la partición y división de los bienes comunes.

En este tipo de procedimientos el Notario se encargará de proveer los trámites de inscripción necesaria en los registros que correspondan, registro de propiedad, registro mercantil, o cualquier otro registro.

Así mismo se encargará el notario -como ya lo tiene previsto el Código de las Familias Ley 603- en su artículo 177 apartado II, cuando el cónyuge, por libertad propia, quisiera disponer de sus bienes gananciales a favor de sus hijas e hijos, disponiendo que lo hará mediante escritura pública, bajo pena de nulidad.

IV. De éstas cuestiones solo son susceptibles de modificación las medidas sobre guarda y cuidado, asistencia familiar, régimen de visitas, manutención, y autoridad de los padres. Por ello es necesario habilitar el procedimiento notarial también para modificar cualquiera de esas convenciones de los cónyuges, si es que nuevamente estuvieran ambos de acuerdo en dicha modificación y su divorcio se hubiera tramitado notarialmente.

Sin embargo, no será competente el Notario en caso de que el divorcio se hubiera tramitado judicialmente o no hubiera acuerdo en cuanto a la modificación solicitada, aunque el divorcio haya sido conseguido extrajudicialmente.

V. Que la prueba del divorcio, de las convenciones adoptadas para los menores hijos así, como el acuerdo liquidatorio de la sociedad de gananciales sea la copia autorizada de la escritura pública de divorcio, donde estarán contenidos todos los particulares que -a consecuencia del mismo- se disponen en relación con los hijos y con los bienes comunes, anotada al margen con las cancelaciones e inscripciones de los registros civil, de la propiedad, o mercantil si fuera el caso.

VI. Que se autorice la posibilidad del apoderamiento en los trámites de divorcio o desvinculación ante Notario. No existe ninguna razón técnica que justifique lo contrario.

La decisión debe ser ofrecer la competencia extrajudicial del divorcio por mutuo acuerdo sin restricciones, la adopción de las medidas de guarda y cuidado, asistencia familiar, manutención, régimen de visitas, autoridad de los padres, liquidación del régimen de gananciales, y desvinculación, al Notario, por una razón técnica, doctrinal ya explicada anteriormente; e incluso, por razón de influencia del derecho comparado, porque en todos los países vecinos que han adoptado el divorcio por mutuo acuerdo ha sido entregado a conocimiento notarial. Todo ello, con el fin de lograr un eficaz descongestionamiento de los estrados judiciales de familia en el país.

En relación con el particular apunta Carrión García de Parada:

El notario es la persona idónea para asumir las competencias que examinamos, con absoluta garantía de legalidad y eficacia, respetando la propia función notarial, y poniendo al servicio de la seguridad jurídica y de la paz social sus facetas más definidoras de su figura como la asesora, la controladora de la legalidad, la redactora del documento y autenticadora, la de ejercicio independiente e imparcial, la mediadora y de arbitraje. La atribución cada vez más creciente de competencias en sede de jurisdicción voluntaria, en las que quedaría incluido el divorcio por mutuo acuerdo, implicaría una mayor colaboración y participación de estos profesionales en la materia, en la que recuperarían un protagonismo que ya les había sido reconocido por la historia, en atención al desempeño de una función de autenticación, notificación, documentación y garantías de derechos, que se han visto reforzadas con el paso de los siglos. (Carrión García de Parada, 2012, 32)

Con una propuesta legislativa que tenga en cuenta las cuestiones planteadas es posible modificar el régimen del divorcio notarial en el país y favorecer desde lo jurídico una salida amigable a los problemas irremediables de un matrimonio definitivamente roto, y a la sobrecarga judicial a que están siendo sometidos los juzgados de familia, que por esa inmensa carga de trabajo no pueden atender prontamente los asuntos que se le presentan, y al final no proporcionan la tutela judicial efectiva a dichos asuntos con la efectividad que necesitan.

Bolivia puede y debe incorporarse -sin dudas- a ese movimiento renovador que está incidiendo en América del Sur especialmente desde los años 2000.

En Bolivia, la legislación relativa a los derechos de la familia, ha experimentado un avance trascendental, rompiendo todos los esquemas tradicionales de los institutos que los integran, en particular, la acción desvinculatoria o el divorcio, imponiendo el sistema judicial y administrativo o notarial; ha incluido el concepto de la ruptura del proyecto vida conyugal, y ha eliminado todas las causales en las que se fundaban acciones de divorcio en el sistema común, basando única y exclusivamente en la voluntad autónoma de los cónyuges de poner fin a sus

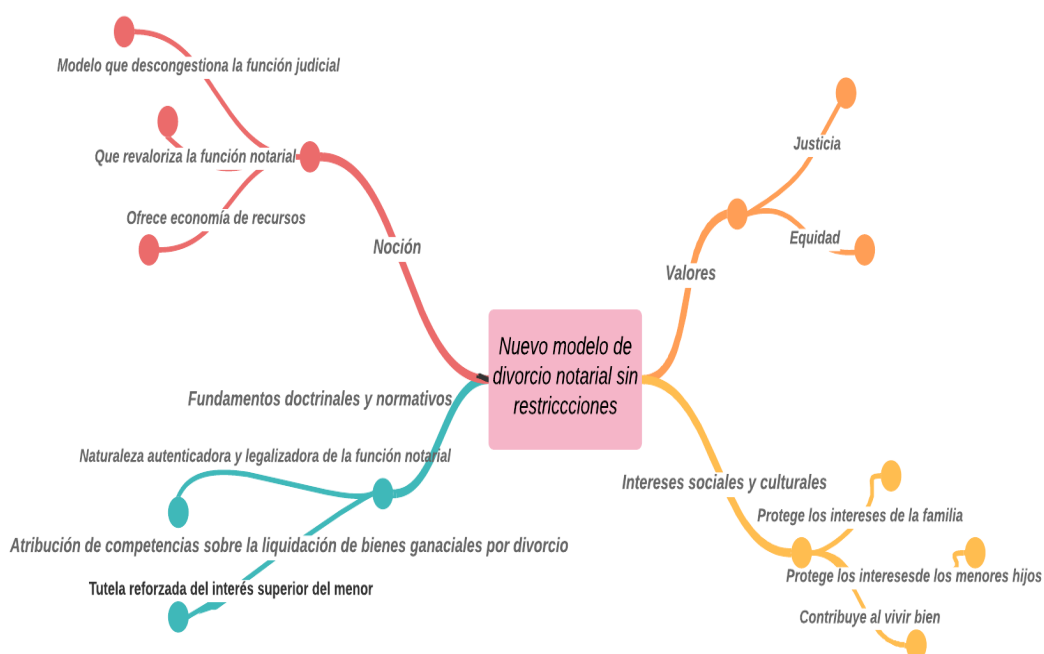
relaciones jurídicas conyugales, ampliando la acción del divorcio hacia la disolución de la unión libre.

Extraña entonces, que -en cuanto a la competencia notarial sobre el divorcio o desvinculación notarial- el legislador boliviano haya sido tan restrictivo, afectando con ello a uno de los objetivos más importantes de la desjudicialización: el descongestionamiento del sistema judicial familiar en Bolivia.

4.3 Mapa mental de influencias sobre el nuevo Modelo de procedimiento notarial de divorcio o desvinculación notarial por mutuo acuerdo, para lograr el descongestionamiento del sistema judicial de familia en Bolivia

En adelante, se establecen -en la representación del modelo- todas las interacciones tenidas en cuenta para la conformación del mismo. Se modela para determinar las finalidades y valores de una institución como el divorcio notarial que resulta de trascendental importancia en el logro del descongestionamiento del sistema judicial de familia pretendido.

Gráfico 6: Mapa mental influencias Nuevo Modelo de Divorcio Notarial sin restricciones



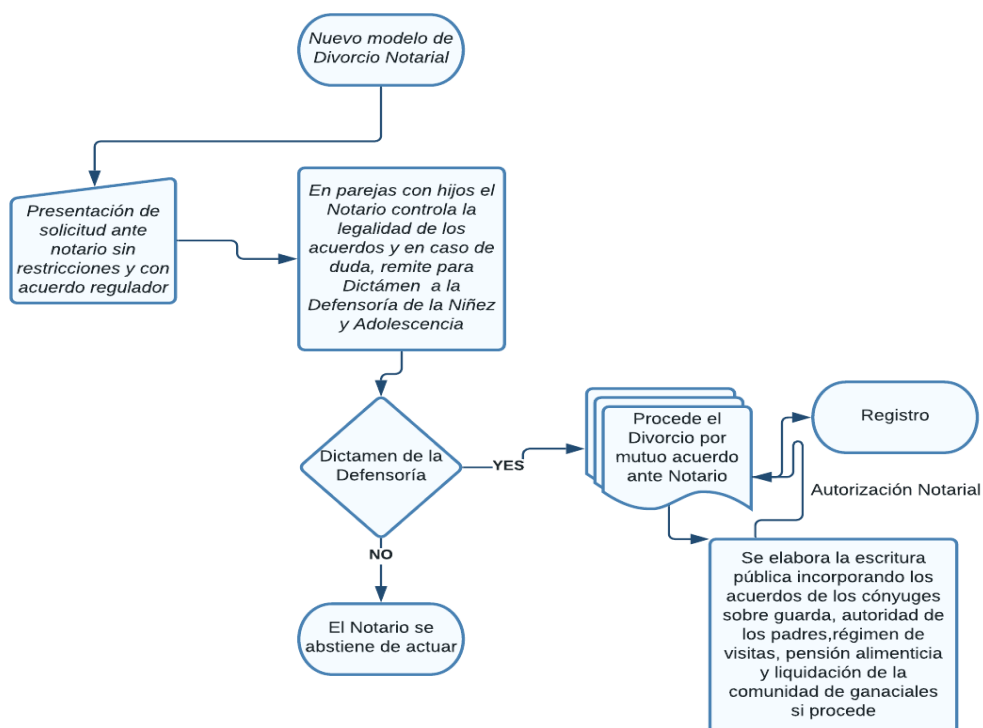
Fuente: Elaboración propia, 2021

Aquí se da cuenta de la multidimensionalidad del fenómeno jurídico del nuevo modelo del divorcio notarial sin restricciones que transforma los ideales y valores de una sociedad, en una época determinada, reconociendo los intereses sociales y culturales de las distintas familias para tutelarlos apropiadamente a través del

orden público, dando origen a un concepto jurídico distinto, con connotaciones jurídicas diferentes, que se sintetizan en el siguiente mapa mental:

Gráfico 7: Nuevo modelo de divorcio notarial sin restricciones legales

Nuevo modelo de divorcio notarial sin restricciones legales



Fuente: Elaboración propia, 2021

CONCLUSIONES

Las conclusiones de esta investigación son las siguientes:

PRIMERA: La jurisdicción voluntaria está caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídico-privados que pertenecen al denominado sistema cautelar utilizado por algunos ordenamientos jurídicos para la protección y el mantenimiento en el tiempo de los derechos adquiridos, cuyo operador jurídico fundamental es el Notario

De tal forma, no sería un error afirmar que la jurisdicción voluntaria es un mecanismo de seguridad jurídica de los derechos adquiridos, entregado -por razones históricas y no técnicas- a la función judicial; que tributa exclusiva y esencialmente a la garantía de cualquier derecho.

SEGUNDA: La implementación del divorcio en sede notarial, siempre y cuando esté reglamentado por la ley, tomando al matrimonio como una institución; en el que se debe tener en cuenta al momento de disolverlo, la necesidad de resguardar y preservar los derechos y bienestar de los hijos menores y la unidad y armonía familiar, como base de formación de nuestra sociedad; puede ser en nuestro país, un procedimiento válido y facilitador; toda vez que permite que el divorcio sea un proceso más simple y pacífico, y por ende menos traumático para cada uno de los miembros que conforman la familia, reduce notablemente los plazos de tramitación del mismo, otorga la solemnidad, seguridad jurídica y discreción que dicho proceso requiere, como también contribuye a descomprimir el sistema judicial, que tiene jurisdicción específica en procesos contradictorios.

TERCERA: Del año 2005, hasta la fecha, cuatro países suramericanos, han desjudicializado el divorcio por mutuo acuerdo, y le han atribuido, alternativamente la competencia al notario aportando una experiencia en la región que no resulta nada despreciable para Bolivia, así la Ley N° 962/2005 de 8 de julio y el Decreto N° 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 artículo 34 de la Ley anterior, la Ley N° 2006-62, reformativa a la ley notarial ecuatoriana, publicada en el Registro Oficial, N° 406, del 28 de noviembre de 2006, cuyo

artículo 6 reformó el artículo 18 de la citada ley notarial, adicionándole el numeral 22, por virtud del cual se le atribuye competencia a los notarios públicos, la Ley N° 11411/2007 de 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley N° 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° 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 y, por último, la Ley N° 29227/2008, de 15 de mayo 2008, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio ulterior de las municipalidades y notarías en el Perú, 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.

CUARTA: En el orden técnico jurídico nada priva que el notario sea competente por razón de la materia, sin restricción legal alguna, para autorizar por escritura pública la disolución del vínculo matrimonial, además podrá autorizar las convenciones que los padres acordaran en relación con la guarda y cuidado de los hijos, la autoridad de los padres, el régimen de comunicación, pensiones alimenticias y manutención, además de autenticar el convenio liquidatorio de la sociedad de gananciales, si es el caso. No hay motivo para sustentar una prevalencia de la función judicial sobre la notarial, en razón de las garantías que para los hijos habidos de ese matrimonio que se va a disolver se ofrece, tanto en una vía como en la otra, de modo que han de quedar protegidos debidamente todos los intereses en juego, con especial atención los de los menores, sometiéndose los acuerdos o convenciones de los cónyuges a un doble control: uno de legalidad y otro de justicia o equidad, y al Dictámen de la Defensoría de Niñez y Adolescencia, en su caso

QUINTA: Desjudicializar el divorcio solamente, implica un avance legislativo importante en Bolivia pero si se quiere una transformación profunda del derecho de familia en el país en razón de favorecer la solución amigable de los conflictos familiares entonces, no habrá que desjudicializar el divorcio solamente, sino

seguir la experiencia de los países del sur de América que han acompañado a la desjudicialización del divorcio la de otros procesos que lo complementan.

Las estrategias a seguir para la modificación son las siguientes: desjudicializar la liquidación de la sociedad de gananciales por acuerdo entre los cónyuges, y de la adopción de las medidas relativas a la guarda y cuidado, asistencia familiar, manutención, régimen de visitas y autoridad de los padres sobre los hijos menores o incapacitados, e incluso de la separación de los cónyuges que así lo prefieran. Así cuando una pareja que decida poner fin a su convivencia marital y quiera resolver todos sus asuntos amigablemente tendrá cauces apropiados para hacerlo, si el derecho puede ofrecerle un procedimiento extrajudicial que - con todas las garantías que los asuntos de familia necesitan- les aporte una solución rápida, efectiva, de tutela jurídica a sus problemas jurídicos.

SEXTA: El nuevo modelo de divorcio notarial propuesto será liberador, innovador y renovador de la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo ante Notario y conducirá al descongestionamiento eficaz del sistema judicial de familia en el país, permitiendo a los jueces de familia ofrecer una tutela judicial efectiva al resto de asuntos que demandan su actuación.

RECOMENDACIONES

En vista de las conclusiones anteriores y de los resultados de la investigación realizada, proponemos las siguientes RECOMENDACIONES:

PRIMERA: Que se convoque a un seminario nacional de Notarios y jueces de familia donde poder introducir los resultados de esta investigación y tomar acuerdos en relación con las posibles modificaciones legislativas

SEGUNDA: Que se cree una comisión nacional por la DIRNOPLU que tenga como propósito redactar una propuesta normativa que reglamente las nuevas competencias notariales en el ámbito del divorcio notarial por mutuo acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahrens y Monasterio. (2019). *Curso de filosofía del derecho* (23rd ed.). Reus.
- Alberdi, I. (2018). *Sociología del divorcio*. Reis.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (2018). *Proceso, autocomposición y autodefensa* (2da rimpresión ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/41/13.pdf>
- Alsina, H. (1941). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Vol. 1, 2da parte). Ediar.
- Alvarez Castellanos. (2018). El proceso de Jurisdicción voluntaria. In *Derecho procesal* (10th ed.). Reus.
- Alvarez Castellanos. (2018). *El proceso de jurisdicción voluntaria* (6ta edición ed.). Reus.
- Alvarez Undurraga, G. (2002). *Metodología de la Investigación jurídica* (1ra ed.). Universidad Central de Chile. <https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/doc.pdf>
- Arch, M. (2008). *La intervención de los psicólogos forenses en las evaluaciones de la guarda y custodia de los niños*. Tesis Universidad Católica. Retrieved julio 8, 2021, from <http://www.tdx.cat/TDX-1103108-114532>
- Bolás Alfonso, J. (1998). *La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- Bollini, J. A. (1965). *Jurisdicción voluntaria* [Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino].
- Cam Carranza, G. (2008). Separación convencional y divorcio ulterior en la vía notarial y municipal. In *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*. Arco Legal editores.
- Campo Gueri, M. Á. (n.d.). *Notariado y jurisdicción voluntaria* (inédita ed.) [Conferencia impartida en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 16 de marzo del 2006] [Memorias de la Conferencia].

- Carlos, E. B. (1963). *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Editorial bibliográfica Argentina.
- Carrión García de Parada, P. (2012, Marzo abril). El divorcio ante Notario. *Notario del siglo XXI*, (42), 32.
- Castán Tobeñas, J. (2015). *Función notarial y elaboración notarial del derecho* (10ma ed.). Reus.
- Couture, E. (1976). *Fundamentos del derecho procesal civil* (1ra ed.). De Palma.
- De Prada González. (1998). Función notarial y Protocolo. *Revista de Derecho Notarial, enero-marzo*, 193.
- Farini. (1982). *El notariado latino y la jurisdicción voluntaria* [Ponencia presentada al XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Perú].
- Fernández de Buján, A. (2001). *La jurisdicción voluntaria*. Civitas.
- Font Boix. (1982). La jurisdicción voluntaria. *revista Internacional del Notariado*, XXXII(78), 173.
- Jiménez Gallegos, C. (2017). *Función notarial y jurisdicción voluntaria* (1ra ed.). Tirant lo Blanch. <https://editorial.tirant.com/es/libro/funcion-notarial-y-jurisdiccion-voluntaria-carlos-jimenez-gallego-9788491695660>
- Juan BÉlfór Zárate del Pino. (2008). La separación convencional y divorcio en municipalidades y notarías: una alternativa. In *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*. ArcoLegal editores.
- Morales Guillén, C. (2007). *Código de Familia. reformas y compilación de leyes conexas*. Editorial Jurídica Cadena.
- Núñez Lagos, R. (2017). *El valor jurídico del documento notarial* (10ma ed.). Reus.
- Oviedo, H. C., & Campos-Arias, A. (2005). Aproximación al uso del coeficiente alfa de Cronbach. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 34(4). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502005000400009

- Palacio, L. E. (2016). *Manual de Derecho Procesal Civil* (21 edición ed.). Abeledo-Perrot.
http://bibliotecas.ucasal.edu.ar/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=68272
- Parlamento Europeo. (1994, enero 18). *Resolución del Parlamento Europeo*.
- Parra Benítez, J. (2007). *Manual de Derecho Civil. Personas, familia y derecho de sucesiones*. Temis.
- Paz, F. C. (2010). *Derecho de Familia y sus instituciones*. Ediciones El original.
- Paz, F. C. (2010). *El matrimonio, divorcio, asistencia familiar, invalidez matrimonial, restitución al hogar, negación y desconocimiento de paternidad, homologación de sentencias . Procedimientos. Modelos* (4ta edición ed.). Ediciones El original San José.
- Paz Espinoza, F. (2000). *Derecho de Familia y sus instituciones*. Editora Gráfica González.
- Pereira Coelho, F., & De Oliveira, G. (2003). *Curso de Direito da Família* (3ra edición ed., Vol. 1). Coimbra editora.
- Pérez Gallardo, L. (2008). El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: mitos y tabúes. In *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones* (p. 31). Arco legal editores.
- Pérez Gallardo, L. B. (n.d.). *Un fantasma recorre latinoamérica en lo albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial*. Academia Notarial Americana. Retrieved agosto 23, 2021, from <http://www.academianotarialamericana.org>
- Quispe Salazar, R. (n.d.). *El divorcio por mutuo acuerdo en municipalidades y notarías en el Perú*. CAPECA. Retrieved junio 9, 2021, from <http://www.capecta.org/divorcio/ley%20de%20divorcio.pd>
- Raposo Fernández, J. M. (1997, febrero 14). Panorámica de la actuación notarial. *La Ley*.
- Sanahuja. (2017). *Tratado de Derecho Notarial* (10ma ed.). Bosch.

San Martín, J. (1978). Proceso voluntario. *Revista del Notariado*, (739), 19.

Vainsencher, T. (2008). *El divorcio en el derecho brasileño*. Temis.

Vázquez Campos, A. (1928). *Ideario Notarial. Naturaleza y desenvolvimiento del poder legitimador del Estado* (1ra ed.). s.e.

Viscarret, M. (1992, segundo semestre). La intervención del notario dentro del ámbito de la jurisdicción no contenciosa (voluntaria). *Revista Digital de Derecho. Colegio de Notarios Jalisco*.