

La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LOS MODELOS DE DIVORCIO NO JUDICIAL Y SU ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:
 - A) LAS DIVERSAS MOTIVACIONES DE LA REFORMA.
 - B) MODELOS DE DIVORCIO NO JUDICIAL:
Países iberoamericanos con divorcio notarial.
Países iberoamericanos con divorcio administrativo no notarial.
Otros modelos.
3. CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO SOBRE LA ADMISIÓN DEL DIVORCIO NOTARIAL:
 - A) LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DIVORCIO NO JUDICIAL POR MUTUO ACUERDO.
 - B) LA CONCURRENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS.
 - C) LA CONFIGURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL: LA NUEVA NORMATIVA DE MEDIACIÓN.
 - D) LA FUNCIÓN ASESORA DE LOS NOTARIOS Y LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO EN EL PROCEDIMIENTO.
4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha planteado en España, desde los poderes públicos (1), la posibilidad de desjudicializar el divorcio mediante el traspaso de la competencia desde los jueces a los notarios. Se trata de una medida que puede obedecer a numerosos objetivos, con mayor o menor fortuna. Principalmente, los planteamientos que se han realizado para justificar o explicar esta medida responden a razones de carácter organizativo o económico. En primer lugar, se ha puesto de manifiesto que la competencia notarial rebajaría el volumen de trabajo de los Juzgados y permitiría a estos centrarse en materias y procedimientos que requieren mayor atención. A ello se une la circunstancia de que la competencia notarial solamente se reconocería para los divorcios por mutuo acuerdo de los cónyuges, lo que elimina el carácter contencioso del procedimiento y, con ello, la necesidad de la intervención judicial.

A tal efecto, hay que señalar, en primer lugar, que la consideración no contenciosa de estos procedimientos no conlleva necesariamente que los Jueces y Tribunales no tengan que intervenir en tales casos. Por el contrario, aunque es obvio que la atribución de la competencia sobre la denominada jurisdicción voluntaria a los Jueces es una opción más entre varias posibles (2), sin embargo hasta la fecha nuestra legislación procesal otorga tales funciones a aquellos. En este sentido, la posible atribución a la profesión notarial de los divorcios por mutuo acuerdo podría ser una medida incluida dentro de una reforma más profunda de la normativa procesal que abordase la reorganización de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Hasta entonces, la ausencia de principio contradictorio no supone la necesaria negación de la competencia judicial, aunque pueda servir de argumento que refuerce, en su caso, una decisión en tal sentido.

Se ha sostenido que esta solución descongestionaría los Juzgados. Sin embargo, no parece que la reducción vaya a ser tan significativa como algunos proponen. En efecto, las últimas reformas han minimizado el papel del Juez en este tipo de procedimientos, pues se ha descargado el mayor peso en otras instancias del Juzgado, como los secretarios judiciales e, incluso, en otros funcionarios (3).

(1) Declaraciones del Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón. Se puede consultar en diversos medios, por ejemplo, en Internet, Diario *El País* de 2 de febrero de 2012. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/01/actualidad/1328089347_592487.html

(2) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Matrimonio no formalizado y divorcio notarial en Cuba: un propuesta de futuro para España», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre de 2011, págs. 44-45.

(3) Se ha sostenido que la atribución de los actos de jurisdicción voluntaria a los Secretarios Judiciales o a los Registradores de la Propiedad no beneficiaría la descarga de trabajo de los Juzgados en el primer caso, y resultaría contraria a la función registral de inscripción de documentos ajenos, en el segundo. Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Jurisdicción Civil y Notariado», en *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004, pág. 259.

Además, la concurrencia del acuerdo reduce los requerimientos procesales. No cabe duda que el traspaso de la competencia debe producir cierta descarga de trabajo, sin embargo no parece que vaya a producirse en gran medida.

Por otra parte, no cabe duda que en los actuales tiempos uno de los factores determinantes en la adopción de las decisiones de racionalización y organización judicial y administrativa es el económico. Sin embargo, es necesario hacer un análisis detenido de las implicaciones económicas de esta solución, por cuanto pueden generar efectos perniciosos en la población y en colectivos profesionales afectados. En primer lugar, la asunción por los notarios de la competencia supondría un ahorro directo para el Estado de los costes judiciales y de la Administración de Justicia. Sin embargo, tal ahorro se conseguiría mediante el traspaso de dichos costes a la ciudadanía, que tendría que abonar los servicios recibidos de un profesional público, como es el notario. Se han propuesto medidas para minimizar el impacto económico que ello supondría para los ciudadanos (4). Por otra parte, ya se están proponiendo, desde distintos foros, que la ciudadanía asuma mayor porcentaje de los costes judiciales, lo que eliminaría las diferencias derivadas de la atribución de la competencia a los notarios. En cualquier caso, en la situación presente el divorcio ante notario podría suponer un incremento del coste para las parejas. A tal efecto, debemos recordar que las reformas propuestas no eliminan, en principio, la necesidad de intervención de abogado, por lo que parece que aumentaría la cuantía final, al permanecer invariados los costes del procedimiento judicial y añadir los propios de la Notaría.

Además, mucho se ha discutido sobre la solución notarial por parte de colectivos afectados, principalmente los abogados. Desde esta profesión, se ha argumentado que la atribución de la competencia a los notarios podría generar una duplicación de funciones injustificada, puesto que tanto aquellos como los abogados llevan a cabo una función de asesoría de los cónyuges. Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta cuestión, la abogacía rechaza tal intervención y sostiene la necesaria intervención judicial, como garantía de un proceso y resolución adecuados a la protección de los derechos e intereses de los cónyuges y los terceros.

No obstante todo lo anterior, en este trabajo se pretende realizar un análisis de las implicaciones jurídicas que posee una medida como la propuesta. Aunque es obvio que la justificación de esta reforma proviene de la mejora de los aspectos organizativos y procedimentales, así como de la racionalización de los costes de la Administración de Justicia, sin embargo todo ello es admisible siempre y cuando se satisfagan los requerimientos y los principios jurídicos. Tal solución solamente se puede justificar si, además de los objetivos extrajurídicos ya manifestados, se protegen también los derechos, intereses y las garantías

(4) GOMÁ LANZÓN, I: «Notarios, matrimonios y jurisdicción voluntaria», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012, Colegio Notarial de Madrid, pág. 4.

de los interesados. Así, es necesario analizar si la función notarial cubre las necesidades jurídicas de modo similar a como lo hacen los Jueces y Tribunales.

Por todo ello, es necesario analizar los efectos jurídicos que genera la atribución de la competencia a los notarios. Solamente después de comprobar su carácter benéfico puede adoptarse una decisión sobre la base de los condicionamientos organizativos, procesales y económicos. Lo que no es admisible es sacrificar la protección jurídica en aras de una supuesta racionalización de los recursos públicos.

2. LOS MODELOS DE DIVORCIO NO JUDICIAL Y SU ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A) LAS DIVERSAS MOTIVACIONES DE LA REFORMA

La implantación del divorcio notarial en España no es una cuestión nueva, sino que se ha planteado desde hace tiempo. Para algunos, la recuperación de esta idea obedece al actual panorama económico, que motiva la necesidad de racionalizar los recursos existentes y de mejorar su productividad sin realizar ningún desembolso por parte del Estado. En este sentido, el traspaso de la competencia de la disolución matrimonial acordada por las partes a la profesión notarial implica un desplazamiento de los costes o, al menos, de parte de los mismos, fuera del presupuesto público. No vamos a entrar ahora a comentar las afirmaciones realizadas desde diversos colectivos sobre el posible incremento de los costes para el ciudadano. En cualquier caso, sí parece que el mantenimiento en sede judicial de estos procedimientos no supone, necesariamente, un ahorro para el justiciable, ante la tendencia al alza de todas las tasas existentes.

También concurren razones organizativas. En concreto, se expone como principal fundamento de la medida la necesidad de descongestionar los Juzgados, atestados de procesos e incapaces de cubrir satisfactoriamente las expectativas y necesidades de los ciudadanos. En este sentido, se entiende que un proceso de divorcio por mutuo acuerdo, que no presupone la existencia de litigio alguno, responde a los esquemas propios de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con ausencia del principio contradictorio. Tal circunstancia favorece, en principio, la atribución de la competencia a los notarios. En cualquier caso, es necesario tener en cuenta cuál puede ser el efecto real de una medida de este tipo respecto de la descarga de los juzgados. Como se ha puesto de manifiesto, el número de divorcios por mutuo acuerdo resueltos en nuestro país no es precisamente elevado, por lo que esta reforma no aportaría mucho en tal sentido (5).

(5) BAUTISTA LÓPEZ, J., «El divorcio ante notario», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012, Pamplona, 2012, pág. 6.

Además, la resolución inicial no conlleva la eliminación de posteriores conflictos derivados de la alteración de las circunstancias en las que se adoptaron los acuerdos. Por lo demás, la atribución a los notarios debe tener en cuenta la necesidad de proteger los derechos de los hijos menores o incapacitados, que reclaman la intervención del Ministerio Fiscal como autoridad dotada de dicha función por nuestro Derecho. En este sentido, no parece que la atribución a los notarios del divorcio por mutuo acuerdo fuera a suponer realmente un ahorro de costes temporales y económicos. No desconocemos la existencia de modelos en los que se acepta el divorcio ante notario habiendo hijos menores o incapacitados, lo que implica la participación del Ministerio Fiscal. Sin embargo, en el caso español habría que analizar cómo se incardina tal actuación en el procedimiento notarial, a la vez que supondría una complicación de unos procedimientos como los notariales que se caracterizan por su rapidez y agilidad. Si bien se agilizarían los procesos judiciales, sin embargo no se obtendría la agilidad propia de las notarías.

También se ha defendido esta solución desde argumentos relativos a la evolución de nuestro sistema jurídico. En efecto, el Código Civil ha sido objeto de reformas en materia de divorcio hasta la consagración o triunfo de la voluntad de los cónyuges (6). Desde 1981 se ha producido una progresiva liberalización en los procedimientos. Así, desde el establecimiento de un esquema de divorcio-sanción, que establecía una serie de causas de carácter punitivo e interponía la separación judicial como una antesala del divorcio que permitiera a los cónyuges restablecer la convivencia antes de haber disuelto el vínculo, se adopta en 2005 un esquema distinto, casi opuesto. Así, se establece un esquema de divorcio-remedio, en el que se descausaliza el divorcio (7) y se ofrecen divorcio y separación como opciones alternativas o indistintas, sin promover su carácter sucesivo. Ello incide en una mayor economía procesal y descongestión de los Juzgados: se establece el denominado divorcio *express*.

En definitiva, se observa una evolución tendente a facilitar la conclusión y el éxito de la voluntad libre de los cónyuges. Parece que dicha tendencia incide en la necesidad de agilizar los procesos, de tal forma que la aminoración de los

(6) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, págs. 31-34.

(7) Para algunos, la abolición del elenco de causas de divorcio no conlleva necesariamente su descausalización. Más bien, se trata de eliminar todo atisbo de culpa en los cónyuges, pero en modo alguno desaparece la causa del divorcio. Si la causa del matrimonio, en sentido contractualista, es la *affectio maritalis*, a la que se referían los romanos, la causa del divorcio es la *desaffectio maritalis*. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, págs. 36-37.

En nuestra opinión, la consideración del divorcio como un acto causal impide la afirmación de descausalización. En efecto, si se decide la implantación del divorcio por mutuo acuerdo, es obvio que se está primando, por encima de otras consideraciones, la voluntad de las partes, por lo que dicho acuerdo se eleva a la categoría de causa del acto.

requerimientos formales y procesales permita el juego central de dicha voluntad. En este sentido, dado que no existe contradicción, puede ser admisible que el divorcio se sustancie ante el notario. Sin embargo, es necesario determinar cuál es el límite que se debe alcanzar en este proceso. Es decir, es necesario conocer hasta dónde es factible y aceptable llegar. Es obvio que la consagración del principio contractualista podría desembocar en la total eliminación de cualquier intervención de una u otra autoridad. Incluso, se podría sostener la adopción del modelo romano de la *affectio maritalis* para el matrimonio. Para algunos, un divorcio de base consensual generaría un incremento de los matrimonios y una disminución de las uniones de hecho por parte de aquellos que aborrecen de los formalismos. Ahora bien, la indudable concurrencia del interés público, en mayor o menor medida, exige meditar sobre la posible solución. En este sentido, nadie parece plantearse la eliminación de la participación de notarios o jueces en los procesos de divorcio, a pesar de las referencias que encontramos en algunos países, como veremos a continuación. Parece que el triunfo de la voluntad es limitado, puesto que la desjudicialización no supone la ausencia de un mínimo control por parte de un funcionario público.

B) MODELOS DE DIVORCIO NO JUDICIAL

La agilización de los procedimientos de divorcio en los que los cónyuges están de acuerdo es un objetivo común en numerosos países. Ya sea por la necesidad de lograr el objetivo de interés público de favorecer una justicia rápida y ágil, ya sea por satisfacer el objetivo ahora particular de los cónyuges en obtener un resultado también rápido y efectivo, lo cierto es que en la actualidad los Ordenamientos Civiles de distintas áreas geográficas y muy diversa cultura jurídica coinciden en la adopción de estas soluciones. Claro está, los procedimientos aprobados y los funcionarios ante los que se sustancian divergen y ello conlleva importantes diferencias respecto de la naturaleza del procedimiento, el funcionario autorizante y los requerimientos exigibles para acceder a dicho procedimiento.

En primer lugar, existe una distinción fundamental por razón del funcionario competente. Por una parte, existe un grupo de países, todos ellos iberoamericanos, que otorgan dicha facultad al notario. Se amparan, para adoptar dicha solución, en la solvencia profesional acreditada de dicho cuerpo, así como en la posibilidad de asimilar sus funciones tradicionales a los requerimientos de un proceso de divorcio por mutuo acuerdo. En este sentido, entienden que se trata de un proceso similar a otros de jurisdicción voluntaria, en los que la falta de litigio solo exige la constatación de ciertos hechos y voluntades, función que el notario desarrolla de forma satisfactoria. Se trata de una solución que también se ha propuesto en otros países del entorno europeo, integrados en un sistema

de notariado latino (8), y que se ha propuesto recientemente en España por el Ministro de Justicia (9). Además, en algunos países la competencia se ha otorgado de forma compartida con otros funcionarios o autoridades públicas, como jueces y alcaldes. Sin embargo, no se trata de la única opción adoptada en estos países. Por el contrario, en otros casos se ha otorgado la competencia al encargado del Registro Civil o similar. Se trata de soluciones que no desvinculan de forma total estos procesos del ámbito judicial.

En otros países con culturas jurídicas más lejanas a la nuestra se han adoptado soluciones más radicales, en las que el divorcio por mutuo acuerdo constituye un procedimiento administrativo cuya competencia se otorga a un funcionario público no integrado en la Administración de Justicia. A su vez, se adoptan mecanismos procesales que inciden en la sencillez y velocidad del procedimiento. Esta solución ha sido adoptada por algunos países del norte de Europa, concretamente países escandinavos. También encontramos algún país en el que se ha consagrado la primacía de la voluntad, de tal forma que la intervención de un funcionario se reduce a la mera constatación de dicha voluntad, al no requerir control de ninguna exigencia, como ocurre en el caso japonés.

Junto a la concurrencia de la voluntad acorde de los cónyuges, algunas regulaciones sobre la materia establecen otra exigencia para admitir la competencia notarial o de otro funcionario, cual es la no existencia de hijos menores de edad o incapacitados o, al menos, la resolución previa de las cuestiones que puedan afectarles. Incluso, en algún caso se exige la resolución judicial previa de las cuestiones relacionadas con los bienes comunes. Estas exigencias corresponden, principalmente, a países del ámbito iberoamericano, aunque en este caso la solución no es única y se admite la opción contraria, como vamos a ver. Por el contrario, en los países escandinavos la concurrencia de tales descendientes no constituye obstáculo a la admisión de este divorcio.

Por lo tanto, los criterios que permiten diferenciar las diferentes soluciones normativas que se han adoptado en el panorama internacional respecto del divorcio no judicial por mutuo acuerdo son la competencia notarial o de otro funcionario administrativo, la concurrencia o no de hijos menores de edad o incapacitados y, en algún supuesto, se ha añadido el criterio de la resolución

(8) En Francia se realizó una propuesta en tal sentido en el año 2007, con fuerte oposición de algunos colectivos jurídicos. Vid. PALLAUD, H., «Divorcio por mutuo acuerdo, propuesta de desjudicialización en Francia», en *El divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B., y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008, págs. 89-90. Por su parte, GALGANO ha propuesto un divorcio notarial en Italia cuando no concurren hijos menores o incapacitados ni haya bienes comunes, con asistencia de letrado y sin establecimiento de un tiempo mínimo de convivencia de los cónyuges. Referido en LÓPEZ DEL CARRIL, L. M., «Los divorcios express», en *El divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B., y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008, pág. 85.

(9) Vid. nota 1.

de la titularidad de los bienes comunes. Sobre la base de lo anterior, vamos a detenernos en un análisis de las regulaciones iberoamericanas por una parte, y de las regulaciones existentes en Europa del Norte y otros países, por otra.

Países iberoamericanos con divorcio notarial

Han sido un grupo de países de esta área geográfica los que han adoptado la solución notarial, con distintas variantes, para sacar de los Juzgados los procedimientos de divorcio por mutuo acuerdo. La regulación cubana de 1994 fue la primera en instaurar este modelo, que posteriormente han seguido otros países de la zona. En este sentido, aunque parece tratarse de una solución que ha recibido el aplauso general, sin embargo todavía son numerosos los países iberoamericanos que no han acogido la misma (10).

Por otra parte, antes de analizar cada una de estas regulaciones, sí conviene señalar que la adopción de la solución notarial en estos países obedece claramente a la conformación de la profesión notarial, según los esquemas del notariado latino, en los que las funciones de este profesional superan, con mucho, las labores de un mero legalizador de documentos. En este sentido, su preparación y capacidad de análisis y juicio sobre aspectos variados de los actos y negocios jurídicos de que conoce, desde la capacidad a la legalidad del acto y documentos presentados, le acercan a los niveles de los profesionales del Derecho encargados de juzgar, sobre todo ante la ausencia de litigio, pues no se trata de dirimir quién tiene razón, sino si se cumplen los requerimientos exigibles. Todo ello podría servir de argumento para justificar la atribución de la competencia referida.

Como hemos señalado, Cuba ha sido el primer país en adoptar el divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Con antecedentes en una Ley de 17 de diciembre de 1937, el Decreto-ley 154/1994, de 6 de septiembre, otorgó a dicho cuerpo la referida competencia con carácter exclusivo (11). Se admite el divorcio en sede notarial incluso cuando hay hijos menores o incapacitados. Además, se adopta un régimen que liberaliza y amplía las posibilidades de solicitud del divorcio, por

(10) Así, la expresión empleada por PÉREZ GALLARDO como título de un artículo sobre la materia, aunque gráfica, podría considerarse un tanto exagerada. Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un fantasma recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 2009, págs. 329-371.

(11) Aunque es admisible el divorcio por mutuo acuerdo en sede judicial en los supuestos contemplados en los artículos 380 y 381 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, sin embargo tales supuestos solamente se activan cuando el notario rechace otorgar la escritura de divorcio por mutuo acuerdo. Ello implica el carácter excepcional, por no decir casi inexistente, de este divorcio en sede judicial. Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, pág. 343.

cuanto no es necesario acreditar un periodo mínimo de matrimonio ni tampoco solicitar previamente la separación, judicial o no.

En el escrito de solicitud presentado, al que acompañan otros documentos acreditativos, se deben incluir ciertas circunstancias sobre identificación personal de las partes y de las personas afectadas, del matrimonio y los acuerdos sobre los hijos, la vivienda, las pensiones correspondientes y el destino de los bienes comunes. El notario otorga escritura pública de divorcio, en la que se incluyen las menciones sobre la disolución del vínculo y la aprobación o no de los acuerdos propuestos. Tras ello, deberá notificar el divorcio a los Registros de estado civil donde se ha inscrito el matrimonio y a aquellos en los que se inscribió el nacimiento de los cónyuges.

Aunque la solución cubana ha supuesto durante mucho tiempo una novedad dotada de audacia y valentía, sin embargo no es la culminación de un proceso de «consensualización» por el que se elimina la participación de los poderes públicos en la formalización del matrimonio. Por el contrario, como sostiene PÉREZ GALLARDO, la naturaleza del divorcio trasciende al mero acuerdo, al mutuo disenso, en el que únicamente se sustancian intereses privados. Aún cuando se trata de un matrimonio formado solamente por la pareja, el ingrediente público es evidente (12). De ahí, que la participación de un funcionario público esté plenamente justificada. Para el legislador cubano, esta solución se justifica por la ausencia de litigiosidad, la falta de celeridad de los Juzgados, la garantía de la fe pública notarial y su experiencia en la tramitación de otros expedientes de jurisdicción voluntaria (13).

Por otra parte, la normativa admite la posibilidad de que los cónyuges acudan al notario por medio de apoderado y no establece la necesidad de la asistencia de letrado. Un aspecto que suscita interés es el relativo a la intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación del divorcio notarial. En efecto, el notario, como facultad discrecional, puede solicitar dicha intervención cuando, a su juicio, los acuerdos propuestos por los cónyuges puedan lesionar los derechos e intereses de los hijos menores o incapacitados o cuando supongan la transmisión del ejercicio de la patria potestad de uno a otro cónyuge.

La normativa cubana ha servido de referente para la aprobación posterior en otros países de Iberoamérica de normativas sobre divorcio no judicial. En Perú, la Ley número 29227/2008, de 15 de mayo, por la que se regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y las Notarías, se aparta en algunos aspectos del precedente cubano. La normativa peruana exige, además del acuerdo de los cónyuges, la no concurrencia de hijos menores o incapacitados y, en caso contrario, la previa resolución por sentencia judicial firme o acta de conciliación de la atribución de

(12) PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, pág. 333.

(13) PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, págs. 337-338.

la patria potestad, el deber de alimentos y el régimen de visitas (art. 4). Además, también se requiere no tener bienes en sociedad de gananciales o, en su caso, otorgar escritura de sustitución o liquidación de dicho régimen. Por otro lado, esta normativa se recogió en el artículo 333.13.º del Código Civil peruano. En este precepto exige, para solicitar el divorcio ante notario, la previa separación convencional, para la cual, a su vez, se requiere la suspensión de la convivencia durante un periodo mínimo de dos años. Se trata del único supuesto de divorcio para el que la separación se establece con carácter alternativo, no sucesivo.

Como se deduce del enunciado de la ley reguladora, la competencia en divorcios de mutuo acuerdo se reconoce a los notarios y a los alcaldes, los cuales estarán asistidos de profesionales del Derecho al efecto. Se trata del reconocimiento lógico, para algunos, de una competencia que corre pareja a aquella otra necesaria para celebrar matrimonios, reconocida a la autoridad municipal, como en el caso español (14). De esta forma, se equipara la competencia, a la vez que se permite la descongestión de los Juzgados, por lo que se ha entendido como una medida positiva (15). Además, a diferencia de la regulación cubana, la ley peruana admite la posibilidad de divorciarse de mutuo acuerdo también ante el juez.

La solicitud es presentada por los cónyuges por sí o por apoderado, acompañada de documentos identificativos y acreditativos de los requerimientos anteriormente referidos y no es exigible la concurrencia de abogado. El notario, por su parte, extiende acta notarial en la que se ratifica la solicitud, se recoge la declaración de separación por acuerdo y se protocolizan los documentos presentados. El notario resolverá sobre el divorcio por medio de escritura pública.

El modelo peruano presenta, en nuestra opinión, algunos aspectos que no encajan con la naturaleza de la figura ni con los objetivos que la misma persigue. En primer lugar, no creemos que resulte acorde con la proclamada primacía de la voluntad de los cónyuges la exigencia de un periodo previo de dos años de convivencia para la solicitud del divorcio por mutuo acuerdo. En opinión de algún autor, esta cautela se justifica por la conveniencia de establecer medidas que eviten decisiones apresuradas y no meditadas (16). En los otros números del artículo mencionado se acogen supuestos de divorcio casualizado

(14) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)*, en la página <http://www.uned.es/dpto-dcivil/IDADFE/divnot/CERDEIRADivnotl-Quadconc.pdf>, págs. 16-17.

(15) CAM CARRANZA, G., «Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal», en *El divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B., y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008, pág. 17.

(16) ZÁRATE DEL PINO, J. B., «La separación convencional y el divorcio ulterior en Municipalidades y notarías: una alternativa», en *El divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B., y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008, págs. 30-31.

judicial. En este sentido, la intervención del juez y la necesidad de acreditación de la concurrencia de las causas, suponen requerimientos suficientes para evitar decisiones inadecuadas. Sin embargo, no creemos que la voluntad libre y consciente de los cónyuges necesite alguna para ser adoptada, máxime con la intervención del notario.

Por otra parte, no estamos seguros que la atribución de la competencia a los alcaldes vaya a conseguir la pretendida agilización de los procedimientos en beneficio de los solicitantes del divorcio, que es el objetivo último que debe perseguir la descongestión judicial. La necesidad de intervención de terceros juristas, así como las propias competencias del presidente del consistorio, no facilitan la consecución de dichos fines. Es cierto que los alcaldes poseen la autoridad para celebrar matrimonios, sin embargo se trata de la constitución de un estado civil que solo afecta a los partícipes. En el caso de los procedimientos de disolución se destruye un estado que puede afectar a terceros más o menos cercanos a los cónyuges. No es lo mismo crear que destruir, pues si bien en el primer caso se trata de comprobar requerimientos propios de quienes se casan —impedimentos, capacidad—, en el segundo se deben analizar más aspectos y más complejos.

Además, el mantenimiento de la competencia judicial en este tipo de divorcios, si bien puede constituir una medida que amplía las posibilidades de los cónyuges, sin embargo se aleja del objetivo de agilización (17). Es más, según cual sea el coste real de los aranceles u honorarios cobrados por los notarios en este caso, es obvio que los cónyuges podrían verse abocados a la opción judicial, lo que minimizaría el efecto de la reforma. En relación con los costes, tenemos que tener en cuenta que en el modelo peruano la intervención notarial es mayor que en otros casos, por cuanto se exige, además de la escritura de divorcio, un acta notarial para constatar ciertas cuestiones.

Colombia es otro de los países del entorno que han regulado el divorcio ante notario. El Decreto número 4436/2005, de 28 de noviembre, desarrolla el artículo 34 de la Ley número 962 de 2005. Se trata de un modelo dual, en el que es posible solicitar el divorcio ante el juez o el notario. Además del acuerdo de los cónyuges, se requiere solicitud, con intervención de abogado, de un documento en el que se incluyan las previsiones relativas a obligaciones de alimentos entre cónyuges, la situación patrimonial y la existencia o no de hijos menores, así como los derechos de los padres respecto de visitas, educación y similares, los deberes de sostenimiento y la custodia. A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten los extremos referidos —certificados matrimoniales, poderes de representación, en su caso; documentación sobre la titularidad de los bienes—, así como el informe o «concepto» del defensor de familia.

(17) CAM CARRANZA, G., *op. cit.*, pág. 16.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación que permite el divorcio notarial por mutuo acuerdo cuando concurren hijos menores. Ello implica la necesidad, como en otras regulaciones, de establecer cautelas que les protejan de posibles decisiones perjudiciales para sus intereses y derechos. De ahí la intervención del defensor de familia. En estos casos, el notario pone en su conocimiento tal circunstancia para que puedan examinar los acuerdos de los cónyuges que les afecten y proponer las observaciones correspondientes. El informe es vinculante y los cónyuges deberán acomodar sus previsiones a las observaciones incluidas en aquel. En caso contrario, el notario no podrá otorgar la escritura de divorcio. El divorcio se otorga por escritura pública, en la que se incluyen los diversos contenidos de la solicitud inicial, los documentos anexos acreditativos y el concepto del defensor de familia.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación tributaria del modelo cubano en cuestiones como la concurrencia de menores, la intervención del defensor de familia, como figura afín al Ministerio Fiscal, en defensa de la posición de aquellos y, en general, las exigencias procesales establecidas. No así en cuestiones como el carácter alternativo, judicial o notarial, de este divorcio y la intervención preceptiva de abogado en el procedimiento.

En Brasil, el artículo 1124-A del Código de Proceso Civil ha sido modificado por la Ley número 11441/2007, de 4 de enero. Este precepto regula el divorcio notarial por mutuo acuerdo y la separación acordada por los cónyuges ante dicho funcionario. Además de la concurrencia de la voluntad, se requiere que no haya hijos menores o incapacitados. Al igual que en la regulación colombiana, se exige que los cónyuges hayan estado separados con anterioridad durante un plazo, aunque en este caso el régimen presenta algunas diferencias. En concreto, se admite el divorcio previa separación de hecho de los cónyuges por dos años, siempre que concurra declaración de un testigo que confirme la mencionada separación o prueba de otro tipo que acredite dicho extremo. En el supuesto de que haya sido declarada previamente la separación judicial, se puede solicitar el divorcio si ha transcurrido, al menos, un año de separación. Las partes deben concurrir asistidas de abogado, común o no para ambos. La solicitud debe acompañarse de los certificados de matrimonio y de familia, así como de un acuerdo sobre el reparto de los bienes comunes. El notario otorga escritura pública de divorcio, que deberá inscribirse en el Registro Civil donde consta previamente el matrimonio, a solicitud de los propios cónyuges. En cualquier caso, la regulación brasileña no otorga a los notarios esta función con carácter exclusivo, sino que permite acudir también a la vía judicial para obtener el divorcio.

Conforme hemos señalado anteriormente para regulaciones que acogen soluciones similares a la brasileña, se trata de una regulación muy cautelosa, que recela del reconocimiento en exclusiva de la competencia a los notarios y de la inclusión de soluciones de carácter abierto. En este sentido, no se admite el divorcio con hijos menores o incapacitados y se exige la separación durante un

periodo mínimo de convivencia previa. Dicho requerimiento, justificado sobre la conveniencia de evitar soluciones aceleradas y no meditadas, restringe en exceso, en nuestra opinión, de forma inadecuada la libertad de los cónyuges. Estamos de acuerdo en el establecimiento de un periodo mínimo de convivencia. Sin embargo, consideramos que uno o dos años pueden ser excesivos como límite de la libre decisión de disolución. Además, parece lógico que todas estas regulaciones deberían acoger, como en el caso de la normativa española, excepciones a la exigencia temporal por razones justificadas —malos tratos y similares—.

Finalmente, Ecuador adopta un régimen que presenta algunas diferencias respecto de las soluciones antes referidas. Según el artículo 18.22.º de la Ley Notarial, reformada en 2006, los cónyuges podrán acudir al notario para solicitar el divorcio por mutuo acuerdo, siempre que no tengan hijos menores o a su cargo. Los notarios comparten competencia con los jueces, según establece el artículo 107 y 108 del Código Civil ecuatoriano. Los cónyuges podrán acudir por sí o por medio de procuradores especiales y su solicitud debe estar «patrocinada». Tras comprobar la documentación acreditativa y conceder audiencia en el plazo de sesenta días desde la solicitud —o una segunda, si no comparecen a la primera—, el notario emitirá acta en la que se declara el divorcio. Posteriormente, el notario debe remitir oficio al Registro Civil para que se anote el divorcio, tras lo cual el Registrador devolverá al notario copia certificada de la anotación para incluir en el protocolo. Para la comunicación al Registro Civil se admite como medio el correo electrónico.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación que introduce algunas variantes tendentes, parece ser, a la modernización, la agilización de los procedimientos y la adopción de medidas de seguridad. Así, la exigencia de plazos máximos para las audiencias puede incidir en una mayor agilidad, así como la admisión de medios de remisión telemáticos. Sin embargo, en este último caso deben arbitrarse mecanismos técnicos —firma y certificados electrónicos— que otorguen un nivel de seguridad satisfactorio. Por otro lado, la exigencia de remisión de una certificación del Registro Civil a la notaría de la anotación permite cerrar el círculo de seguridad respecto de la documentación requerida, pues se evita que sean los propios interesados los que deban llevar a cabo las labores documentales, siendo la propia Administración la que asume dicho deber, a la vez que se asegura la conexión entre Notarías y Registro Civil. La resolución del procedimiento por medio de acta notarial no se compadece con la naturaleza del contenido del documento en cuestión, que acoge, básicamente, declaraciones de voluntad sobre disolución del vínculo.

Respecto del patrocinio del documento de solicitud por un abogado, si bien no implica la necesidad de representación por dicho profesional (18) —la

(18) PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, pág. 349.

regulación establece dicha representación por un procurador especial—, sin embargo parece referirse a la necesidad de la asistencia profesional por un abogado. A tal efecto, esta normativa fue objeto de críticas, por cuanto implica un incremento de costes que se podría evitar por la intervención del notario en el procedimiento mediante la atribución de una función asesora de las partes.

Países iberoamericanos con divorcio administrativo no notarial

Aunque el divorcio notarial por mutuo acuerdo de los cónyuges ha sido la opción con mayor seguimiento, a partir de su adopción por el Derecho cubano, sin embargo no es la única. Por el contrario, algunos países han desjudicializado el divorcio consensual, pero han atribuido la competencia a otras instancias integradas dentro de la Administración, concretamente en la Administración de Justicia. Nos referimos, en concreto, a las regulaciones portuguesa y mejicana.

En el caso de Portugal, el Decreto-ley 272/2001, de 13 de octubre, otorga la competencia en materia de divorcio por mutuo acuerdo al Conservador del Registro Civil. La solicitud se puede presentar ante el Registro que acuerden los cónyuges o el que corresponda a la residencia de uno de ellos. Por sí o representados por procurador, los cónyuges deben concurrir asistidos de abogado. Este divorcio se admite cuando no hay hijos menores o incapacitados o, cuando concurren, hay previa resolución judicial sobre la patria potestad de aquellos. Se trata de una solución que extrae la competencia de la sede judicial. En el caso español, esta solución también produciría dicho efecto, por cuanto la nueva regulación de esta institución elimina la competencia judicial al respecto. En este sentido, desde un punto de vista funcional, reviste cierta lógica la solución portuguesa, dado el efecto generador de estado civil que posee el matrimonio. Por otro lado, la competencia del Registro Civil en la tramitación de los expedientes matrimoniales puede justificar también la atribución de las funciones de disolución por divorcio consensual. En la misma línea, la creciente atribución de competencias procesales a los secretarios de Juzgados y Tribunales avala esta solución. En definitiva, existen argumentos que podrían, en su caso, justificar la adopción del régimen portugués en España.

Por su parte, México regula el denominado divorcio administrativo en el artículo 272 del Código Civil federal. Es competente el juez encargado del Registro Civil y solamente se acepta cuando no concurren hijos y se hubiese disuelto con antelación la sociedad conyugal, en su caso. El juez levantará acta de divorcio y se practicará asiento al respecto junto a la previa inscripción de matrimonio. Desde el punto de vista institucional, aunque la normativa mejicana haga alusión a una autoridad judicial, es el Registro Civil el organismo encargado de la tramitación y resolución del divorcio, lo que acerca esta solución a la portuguesa. En este sentido, no obstante la participación del juez, el divorcio

posee una clara naturaleza administrativa, conforme se deduce de su atribución a una institución como el Registro Civil. En cualquier caso, a tenor de la nueva regulación española del Registro Civil, también en nuestro país se confía en la preparación y seguridad que aporta su gestión en la tramitación de numerosos expedientes.

Otros modelos

En Europa, algunos países han adoptado desde hace tiempo regulaciones sobre divorcio consensual en las que se simplifica el procedimiento y se eliminan las cautelas procesales y la intervención de la autoridad judicial, con el fin de acelerar la terminación de los procedimientos y la disolución del vínculo (19). Incluso, en algunos países —Inglaterra, por citar alguno— en los que se mantiene la competencia judicial en los divorcios por mutuo acuerdo, los jueces solamente testan el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley, prescindiendo de un análisis de fondo y automatizando, por tanto, su labor.

En cualquier caso, en Europa se ha planteado la necesidad de armonizar o adoptar criterios de determinación de la ley aplicable y de la competencia jurisdiccional, ante el incremento de los matrimonios y de divorcios entre personas nacionales de diversos estados o con distinta residencia, lo que incrementa la inseguridad jurídica y la posibilidad de obtener resultados no deseados, ante el silencio de las regulaciones respecto del valor de la voluntad de los cónyuges (20). Este es el propósito que se ha planteado desde hace tiempo por el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, de 14 de marzo de 2005 (21). Sobre la base de la concepción de órgano jurisdiccional como cualquier órgano competente para pronunciar una declaración de nulidad matrimonial, divorcio o separación, no solo el judicial, se sostiene por la Conferencia de Notariados de la Unión Europea —CNUE— que el notario puede ser uno de esos órganos competentes, siendo la determinación de cuáles sean esos órganos, tarea de la legislación de los Estados miembros y permitiendo a los cónyuges la elección de tales órganos.

En Noruega se adopta un modelo dual, judicial o administrativo, de divorcio por mutuo acuerdo. Lo más interesante e innovador de la regulación noruega es

(19) El precedente más antiguo ha sido el antiguo Código de Familia de la Unión Soviética de 1927, que admitía un divorcio administrativo ante el encargado del Registro de actos de ciudadanía, que levantaba acta del mismo y lo inscribía. *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 40.

(20) CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P., «El divorcio en Europa», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, pág. 1.

(21) Presentado por la Comisión, SEC2005 (331). COM (2005), 82 final. El documento se puede encontrar en www.europa.eu.int

que los cónyuges solamente deben llegar a un acuerdo estrictamente sobre la disolución del vínculo, pudiendo diferir a un momento posterior la resolución de los diversos efectos, patrimoniales o no, generados por el divorcio. Ahora bien, en tal caso dicha resolución requiere la intervención judicial (22). La competencia del divorcio administrativo corresponde al *Gouverneur du comté*, que actúa como mero controlador del cumplimiento de los requerimientos legales (23), es decir, su decisión a favor del divorcio es automática si se cumple el requisito del tiempo mínimo de convivencia previa de los cónyuges. En nuestra opinión, este modelo presenta ciertas contradicciones que se derivan de la adopción de soluciones tendentes a la liberalización de los procedimientos y a lograr la absoluta primacía de la voluntad de los cónyuges por una parte, y otras que parecen establecer obstáculos a la efectividad de la decisión de los cónyuges. En el primer caso, la decisión sobre la disolución desvinculada de sus posibles efectos parece primar, como decimos, esta voluntad acorde. Sin embargo, en nuestra opinión, la suspensión de la resolución de tales efectos puede suponer la creación de un espejismo en los cónyuges de desaparición de la situación matrimonial, pues si bien se ha declarado sin dificultad el divorcio, sin embargo ello no conlleva el establecimiento de una situación totalmente nueva en tanto perduren situaciones relacionadas con el patrimonio y demás existentes durante el matrimonio. Por otro lado, dicha medida no conecta de forma lógica con la exigencia de un periodo mínimo de convivencia de los cónyuges previo al divorcio, por las razones que ya apuntamos al analizar otras regulaciones.

En Dinamarca, los cónyuges pueden acordar el divorcio y adoptar, también por acuerdo, medidas sobre pensiones, custodia de los hijos menores y vivienda familiar, ante el *Gouverneur de comté*. En caso de no llegar a un acuerdo sobre dichos aspectos, queda abierta la vía judicial. También puede diferirse a un momento posterior la solución de cuestiones como el régimen de visitas, el reparto de los bienes o la manutención de los hijos (24).

Otros países, como Estonia o Rumanía, también han adoptado modelos de divorcio administrativo. En el caso rumano, el Código Civil establece que el divorcio por mutuo acuerdo puede tramitarse ante notario o por vía administrativa, incluso cuando hay hijos del matrimonio. En el primer caso, el divorcio es admisible cuando no concurren hijos o, en caso contrario, cuando los cónyuges alcanzan un acuerdo previo sobre la patria potestad, el régimen de visitas, el

(22) Vid. LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, II, abril-junio de 2009, pág. 780.

(23) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso», en *Notarius International*, vol. 5, 2000, pág. 168.

(24) LÓPEZ DE LA CRUZ, L., *op. cit.*, pág. 780.

domicilio de los hijos y su manutención y formación (25). Además, el notario está asistido de trabajadores sociales, cuyos informes son vinculantes respecto de las medidas que afectan a los hijos. En tal sentido, si sus informes consideran perjudiciales para los hijos las medidas sobre patria potestad o el domicilio, el notario no puede declarar el divorcio y quedará abierta la vía judicial.

Otro supuesto de divorcio administrativo liberalizado es el japonés. Los artículos 763 y 766 del Código Civil japonés permiten el divorcio por mutuo acuerdo no judicial, haya o no hijos del matrimonio. En este caso, los cónyuges deben inscribir el divorcio en el Registro Civil en el que conste el matrimonio, previo acuerdo ante el notario sobre las cuestiones que afectan a los hijos y la titularidad de los bienes. Parece que la intervención pública es de mera constatación de los requerimientos legales y el margen de libertad dejado a los cónyuges es amplio.

Por otro lado, desde hace tiempo se han atribuido, en numerosos países europeos, ciertas competencias en relación con los procedimientos de divorcio a los notarios, sobre todo respecto de sus efectos patrimoniales. Así, por ejemplo, en Bélgica poseen competencias de mediación y asesoramiento, en Francia realizan el inventario de los bienes de los cónyuges, en Holanda y Alemania elaboran documentación de propuesta de liquidación del régimen económico-matrimonial (26). En cualquier caso, labores similares llevan a cabo los notarios en España en la actualidad: protocolización de convenios reguladores o escrituras reguladoras de situaciones de separaciones de hecho. En efecto, tales competencias no resultan extrañas en nuestro Derecho, si bien no debemos dejar de reconocer que se trata de acciones que inciden estrictamente en la esfera patrimonial de la pareja.

Como se puede comprobar, existen en el Derecho Comparado diversos modelos de divorcio no judicial por mutuo acuerdo. La descripción somera de los mismos en estas líneas obedece a la necesidad de tener en cuenta los antecedentes existentes hasta la fecha y, sobre todo, de analizar cuál de los modelos puede adaptarse a los requerimientos legales del Derecho español y satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con la reforma. En este sentido, es necesario realizar un estudio ponderado que tenga en cuenta, de modo conjunto, aquellas necesidades y la preservación de los derechos y garantías de los interesados. Así, no parece que los sistemas de divorcio administrativo existentes en los países escandinavos aporten grandes ventajas, por cuanto a la disminución de las garantías se une el hecho de que es previsible el aumento de los litigios en sede judicial en un momento posterior, lo que priva de toda lógica una reforma en tal sentido. Igualmente, tampoco parecen aceptables modelos que eliminan o minimizan en gran medida la participación de un funcionario público, pues

(25) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «El divorcio ante notario», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, págs. 2 y 3.

(26) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *op. cit.*, pág. 2.

la agilidad procesal y la descongestión de los Juzgados no se pueden conseguir al precio de una merma en el nivel de protección de los cónyuges y demás afectados. Parece claro, por tanto, que la posible solución pasaría, en su caso, por la atribución de la competencia a un funcionario público, lo que limita las posibilidades a su otorgamiento a los notarios o a los encargados del Registro Civil. Sin embargo, la consecución de la agilidad propuesta y la necesidad de formación para asegurar la adecuada protección de los intereses en juego y la adecuada gestión procesal, provocan que muchos aboguen por la opción notarial.

3. CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO SOBRE LA ADMISIÓN DEL DIVORCIO NOTARIAL

A) LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DIVORCIO NO JUDICIAL POR MUTUO ACUERDO

Desde la regulación del divorcio en 1981, mucho se ha argumentado sobre su constitucionalidad. En un primer momento, el debate se centró en la adecuación o no a la Constitución del divorcio en sí, más allá de cuestiones procesales y competenciales. Sin embargo, desde hace algunos años se viene discutiendo acerca de la posibilidad de desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo, cualquiera que sea el funcionario competente, sobre la base de la ausencia de controversia o litigio alguno entre las partes. Así, el debate tiene por objeto determinar la exclusividad de la competencia judicial también en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Para FERNÁNDEZ DE BUJÁN, la interpretación adecuada del artículo 117 de la Constitución conlleva la solución de la atribución exclusiva a la judicatura. Según este autor, que se apoya en alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo, el silencio del precepto constitucional debe interpretarse en sentido restrictivo, impidiendo así el reconocimiento de la competencia a otros funcionarios que no sean los jueces. El artículo 117.3 de la Constitución dispone que: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Entiende que este precepto, así como el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no excluye de la función jurisdiccional la competencia en los procedimientos de jurisdicción voluntaria. En concreto, tal solución se sostiene además sobre la base de la inclusión de competencias, como los expedientes de Registro Civil a los jueces (27). Además, no parece que el artículo 117.4 pueda acoger un elenco amplio de supuestos de jurisdicción voluntaria. Por ello, en-

(27) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 60 y sigs.

tiende que todos aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria que afecten a derechos fundamentales y libertades públicas, al Derecho de Familia o al estado civil de las personas deben ser competencia exclusiva de los jueces (28). Por tanto, se elimina con ello la posibilidad de la atribución de la competencia del divorcio por mutuo acuerdo a otros funcionarios.

Sin embargo, en los últimos años se ha abierto paso una posición que sostiene la constitucionalidad de la atribución a otros funcionarios sobre la base de una interpretación extensiva o amplificadora del sentido del artículo 117. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el particular. Las sentencias de 8 de noviembre de 1983 y de 20 de mayo de 2002 afirman que el artículo 117.3 viene referido a la función jurisdiccional contenciosa con la expresión «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». Ese precepto otorga la competencia con carácter exclusivo a los Juzgados y Tribunales, en consonancia con las exigencias que se derivan de la tutela judicial efectiva del artículo 24. Por su parte, el artículo 117.4 establece que: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho». Este precepto, según el Tribunal Constitucional, hace referencia a la función jurisdiccional en sentido estricto del artículo 117.3 y a otras no incluidas en el anterior, para las que se adopta una solución de delegación por parte del legislador para la asunción de la competencia. Así, se sostiene por estas resoluciones que las competencias de jurisdicción voluntaria pueden o no corresponder a los Jueces y Tribunales, según la decisión adoptada por el legislador, sin que dichas decisiones puedan considerarse inconstitucionales. Únicamente sería necesario dejar expedita la vía judicial para formular oposición a la solución alcanzada (29). No obstante la delegación anterior, algunos autores proponen como límite a la atribución de la competencia la afección a alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas, lo cual no parece ocurrir en el supuesto del divorcio por mutuo acuerdo. Por una parte, la tutela judicial efectiva no parece extenderse a los actos y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Por otra, el divorcio recibe mención y protección constitucional en el artículo 32, lo que elimina la posibilidad de afección referida (30).

En nuestra opinión, la resolución de los procedimientos de jurisdicción voluntaria no parece requerir necesariamente la intervención judicial. No es esta la función exclusiva y excluyente de Jueces y Tribunales, sino más bien

(28) FERNÁNDEZ DE BUIÁN, A., *op. cit.*, págs. 100 y sigs.

(29) BELLOCH JULBE, J. F., «Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, vol. I, págs. 9 y sigs.

(30) CAMPO GÜERRI, M. A., «La competencia notarial en asuntos no contenciosos», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 10, extraordinario 2010, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010, pág. 531. También, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 47.

la resolución de aquellos supuestos en los que se observa un principio contradictorio por la concurrencia de pretensiones opuestas de las partes respecto de una cuestión. Como sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 2002, con ocasión del análisis del artículo 117.4 en referencia al procedimiento de homologación de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, la actuación del juez en este supuesto no pasa de la mera constatación que no alcanza la consideración de proceso, pues no se sustentan pretensiones opuestas. Parece admisible la aplicación analógica de esta solución al procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo. Por su parte, el argumento de la afección a un derecho fundamental como obstáculo a la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo, sobre la base del posible ejercicio del recurso de amparo, no es definitivo. Si bien es cierto que dicho recurso se interpone frente a la vulneración de un derecho fundamental tras agotar la vía judicial, sin embargo la competencia notarial no elimina en modo alguno dicha posibilidad, por cuanto se mantiene esta opción en caso de pretender formular oposición.

No obstante lo anterior, no es sostenible la adjudicación sin más de los procedimientos de jurisdicción voluntaria a los notarios. Por el contrario, desde la propia profesión notarial se sostiene que la atribución debe ser casuística. Así, GÓMEZ-FERRER sostiene que no deben atribuirse a los notarios aquellos actos que pretendan la garantía de derechos o intereses generales, creación de cargos privados, protección de personas y del patrimonio, decisiones de trascendencia directa para las personas o sus bienes, complementos de capacidad, suplencia de voluntades, entre otros (31). La ausencia de principio contradictorio no debe suponer, sin más, la atribución de la competencia a los notarios.

También se ha sostenido, en apoyo de la atribución de la competencia a los notarios, que esta solución permite a los poderes públicos promover las condiciones y remover los obstáculos en aras de la efectividad de la libertad de los ciudadanos, a la vez que posibilita la satisfacción del objetivo de un proceso sin dilaciones (32). Nos parece esta opinión algo excesiva, por cuanto, si bien es obvio que la intervención notarial podría constituir una medida de agilización procedimental, sin embargo no creemos que ello suponga un incremento de la libertad efectiva. La decisión acorde de los cónyuges de divorciarse goza del mismo grado de libertad ya se sustancie ante el juez o ante el notario. Podrá tener efectos en menor periodo de tiempo, pero en nada afecta a la plena libertad en la toma de decisiones. Si no fuera así, habría que entender entonces que la regulación del divorcio de 1981, que introducía un elenco de causas y requere-

(31) En nuestra opinión, la mención es tan amplia que puede suponer la exclusión del supuesto del divorcio por mutuo acuerdo, a pesar de la opinión favorable del propio autor, como se verá más adelante. Vid. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Jurisdicción voluntaria y función notarial*, XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, pág. 131.

(32) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 32.

rimientos de tiempo para posibilitar el divorcio, era contraria a este precepto constitucional. El establecimiento de los requisitos por parte del Código Civil no puede interpretarse como un obstáculo a la libertad efectiva, sino precisamente como presupuesto necesario del ejercicio de la misma. El legislador de 1981 entendía que la decisión de divorciarse era, *per se*, una decisión limitada, que requería la concurrencia de unos presupuestos. El deber de los poderes públicos de remover obstáculos supone la eliminación de las barreras que impiden el ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley, pero dentro de los límites que la misma establece.

Como se dijo anteriormente, se ha sostenido que la mención de funciones del Registro Civil entre las propias de los órganos judiciales, según establece el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, supone el reconocimiento explícito de la atribución de las competencias en procedimientos no contenciosos a los jueces y tribunales. Sin embargo, este argumento favorece en la actualidad la opinión contraria. La nueva Ley del Registro Civil elimina la competencia judicial de esta institución, lo que supone un argumento a favor de la consideración de los jueces y tribunales como funcionarios y órganos competentes, exclusivamente, en procedimientos de naturaleza contenciosa, con el objetivo de agilizar sus funciones. En este sentido, se afirma lo siguiente en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: «La modernización del Registro Civil también hace pertinente que su llevanza sea asumida por funcionarios públicos distintos de aquellos que integran el poder judicial del Estado, cuyo cometido constitucional es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En efecto, la aplicación al Registro Civil de técnicas organizativas y gestión de naturaleza administrativa permitirá una mayor uniformidad de criterios y una tramitación más ágil y eficiente de los distintos expedientes, sin merma alguna del derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, pues todos los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial».

Como se puede comprobar, las palabras anteriores reproducen de forma plena las argumentaciones anteriormente reseñadas del Tribunal Constitucional. En este sentido, el legislador hace uso de la delegación de facultad que hace el artículo 117.4 para atribuir la competencia de gestión del Registro Civil a funcionarios no integrantes del poder judicial. Además, se adopta esta solución de modernización y agilización de la institución, con pleno respeto a la función judicial estricta del artículo 117.3 —juzgar y hacer ejecutar lo juzgado— y sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, parece que la posición del legislador es la progresiva desjudicialización de todos aquellos procedimientos que no presuponen la existencia de controversia entre partes, con el fin de descongestionar la gestión judicial y agilizar los procedimientos en beneficio de la ciudadanía. En este sentido, parece que la atribución de la competencia en materia de divorcio consensuado a los notarios sería acorde con las últimas decisiones adoptadas por el legislador, las cuales no han

sido objeto de crítica ni refutación basada en posibles vulneraciones del texto constitucional.

Por otra parte y como ya señalamos anteriormente, aunque la atribución de la competencia a los notarios pueda suponer la culminación de una tendencia a la consensualización del divorcio, iniciada con la descausalización de dicha institución en la reforma del Código Civil de 2005, ello no constituye una vulneración del artículo 32 de la Constitución por eliminación de las causas de disolución del vínculo, que menciona este precepto. La causa última es la voluntad acorde de los cónyuges, eliminando así la necesidad de concurrencia de causas que implican una concepción de culpabilidad de alguno de ellos. A tal efecto, la labor del funcionario se resume en la comprobación de dicha voluntad, sin detenerse en la realización de pesquisas sobre otras circunstancias.

Otra cuestión que podría incidir en la constitucionalidad del divorcio notarial es la intervención del Ministerio Fiscal. Dado que la preceptiva intervención se establece para los supuestos en los que concurren hijos menores, conforme veremos a continuación, preferimos analizar esta cuestión en el siguiente apartado, relativo a dicha circunstancia.

B) LA CONCURRENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS

En la propuesta planteada por el Ministro de Justicia de divorcio notarial por mutuo acuerdo se admitían aquellos supuestos en los que haya hijos menores de edad o incapacitados (33). Desde un punto de vista de la descongestión de los Juzgados y Tribunales es obvio que la exclusión de los supuestos en los que concurre descendencia minimizaría mucho la efectividad real de la medida. Sin embargo, también es necesario en tal caso plantearse la posibilidad de adoptar esta solución ante la necesidad de proteger los intereses y derechos de tales sujetos en el procedimiento de divorcio.

En relación con lo anterior, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal cuando el divorcio afecta a los derechos e intereses de menores o incapacitados. Ello conlleva la necesidad de analizar la incardinación de dicha intervención en un procedimiento que se sustancia ante un notario, fuera de la sede judicial. En el Derecho extranjero encontramos varios supuestos de divorcio notarial en el que se admite la intervención del Ministerio

(33) No obstante la indefinición del anuncio realizado por el Ministerio, entendemos que esta sería la solución que se puede deducir de sus palabras, al aludir aquel a la intervención del Ministerio Fiscal como garante de los derechos y posición de los menores en estos procedimientos. Por citar alguna reseña de la noticia, vid. *El País* de fecha 2 de febrero de 2012. Se puede consultar en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/01/actualidad/1328089347_592487.html

Fiscal como consecuencia de la concurrencia de hijos menores o incapacitados. Véanse, por ejemplo, las legislaciones cubana o colombiana. Incluso, algunas legislaciones adoptan una postura más garantista y exigen la previa resolución judicial sobre las diversas cuestiones que afectan a los hijos: por ejemplo, la legislación peruana, según vimos. Hay que plantearse, por tanto, la posibilidad de tal solución en nuestro Derecho.

En España, la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de separación y disolución matrimonial recibe consagración constitucional y se regula en el propio Estatuto del Ministerio Fiscal y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el artículo 124.1 de la Constitución dispone que: «El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados; velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social», interés que comprende la protección de la familia y sus componentes, consagrada también en el artículo 39. Por su parte, el artículo 3.6 y 7 del Estatuto del Ministerio Fiscal atribuye a este cuerpo la competencia de defensa de la legalidad y del interés público y social, entre otros, en los procedimientos relativos al estado civil, así como intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

Por su parte, el artículo 749 de la LEC establece dos tipos de intervención: como parte en los procedimientos de nulidad matrimonial y, en el caso que nos interesa, como mero interviniente cuando en el procedimiento de divorcio o separación se vean afectados los intereses de menores, incapacitados o personas en situación de ausencia legal. Obsérvese, por tanto, que el Ministerio Fiscal intervendrá en el proceso, tanto si alguno de los cónyuges es incapaz o ausente legal como si hay hijos menores o incapacitados (34). En este segundo supuesto, la intervención del fiscal consiste en analizar el convenio regulador presentado con la solicitud de divorcio y determinar si protege el interés de los menores, así como informar sobre el convenio ya ratificado, según el artículo 777.5 de la LEC, pudiendo oponerse a tales convenios en caso contrario. Para algunos, la participación del Ministerio Fiscal en estos procesos constituye un supuesto de intervención *sui generis* como parte procesal, con las prerrogativas propias de una parte, pero ampliadas por la función de protección y defensa de los hijos menores no emancipados y los incapacitados. Así, se cita como especial atribución, que le diferencia de la posición de los cónyuges, la posibilidad de presenciar la

(34) TOMÉ TAMAME, J. C., «Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: causas, requisitos e iter procedimental», en *Noticias Jurídicas*, junio de 2003, pág. 3. <http://noticias.juridicas.com>

exploración judicial de los hijos e incapacitados (35). No obstante, también se ha sostenido la posición contraria, al afirmar que fuera de los supuestos en los que la normativa procesal atribuye la condición de parte al Ministerio Fiscal, el mismo actúa como informante o en otra condición, sin ostentar los derechos y deberes de las partes en un proceso (36).

En este sentido, la intervención del Ministerio Fiscal solamente se establece en los casos de concurrencia de hijos. En otro supuesto no se justifica, por cuanto su labor no posee fines de defensa del vínculo (37). El principio dispositivo, que actúa como regla general en los procesos civiles cede sin embargo en los supuestos de procesos de separación o divorcio en los que concurre interesado el menor, incapacitado o en situación de ausencia legal, según el artículo 749.2 de la LEC. En este sentido, las atribuciones que la Ley hace al juez para la investigación y pesquisa de la realidad y para la determinación de los efectos de la separación o disolución del vínculo en estos procesos, justifican la no intervención del Ministerio Fiscal (38). Podría sostenerse que existe una contradicción entre este precepto, excluyente de la competencia del fiscal en los procesos matrimoniales sin hijos y el artículo 3.6 del Estatuto del Ministerio Fiscal, que proclama la competencia de dicho órgano en los procedimientos que afectan al estado civil de las personas. En nuestra opinión, tal antinomia debe resolverse a favor de la solución adoptada por la Ley ritaria, en aplicación de un criterio de *lex specialis* frente a una norma que recoge el régimen general de la institución. En este sentido, la regla general incluida en el Estatuto debe ceder ante la excepción establecida por la LEC, justificada por la expansión de las facultades del juez en estos procesos, como consecuencia de la disminución del juego del principio dispositivo, según hemos visto.

Sobre la base de lo anterior, debemos preguntarnos si la intervención del Ministerio Fiscal, antes descrita, sería admisible en un procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Esta es la solución de la regulación cubana. Esta legislación adopta una solución discutible respecto de las funciones que otorga al notario respecto de la intervención del Ministerio Fiscal. El artículo 5 del Decreto-ley 154/1994 otorga al notario la potestad de decidir acerca de dicha intervención. Si el notario considera que los convenios alcanzados son lesivos de los intereses de los hijos o que se está acordando el otorgamiento del ejercicio de la patria potestad a uno de los cónyuges y la labor de asesoría del notario no ha tenido éxito, el notario debe remitir al Ministerio Fiscal escrito en

(35) GARRIDO TUNDIDOR, C. M., «La posición procesal de los hijos sin plena capacidad en los procesos matrimoniales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, primer trimestre de 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 13-14.

(36) Entre otros, MORENO CATENA, V., *El Proceso Civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (coord.: ESCRIBANO MORA, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 76.

(37) TOMÉ TAMAME, J. C., *op. cit.*, pág. 3.

(38) GARRIDO TUNDIDOR, C. M., *op. cit.*, pág. 14.

el que justifique la solicitud de intervención, según establece el artículo 9 (39). El informe del Ministerio Fiscal, en caso de ser negativo, es vinculante para el notario, que deberá remitir de nuevo el procedimiento a la autoridad judicial. Sin embargo, si el informe es positivo, la normativa cubana, según PÉREZ GALLARDO, guarda silencio sobre la vinculación del notario, lo que posibilita que este pueda, no obstante, negarse a continuar la tramitación y a abstenerse a favor de una solución judicial.

Desde luego, no se puede negar lo novedoso de la normativa cubana, que eleva el papel y las potestades notariales hasta cotas desconocidas. En relación con lo anterior, las intervenciones del notario y del Ministerio Fiscal plantean dos cuestiones. En primer lugar, exigen analizar la posibilidad de que el notario pueda decidir acerca de la intervención o no del fiscal. En segundo lugar, requiere plantearse el valor vinculante de la decisión del Ministerio Fiscal en el procedimiento.

Respecto de la participación en el procedimiento del fiscal, no parece aceptable que la misma quede supeditada a la voluntad del notario. Sobre la base de las funciones tuitivas de los menores e incapacitados encomendadas al Ministerio Fiscal, tanto por la Constitución como por su Estatuto, no es admisible el sometimiento de su intervención a la decisión del notario conocedor del procedimiento. No dudamos de la preparación profesional, suficientemente acreditada, de los notarios para resolver sobre las posibles afecciones a las personas mencionadas. Sin embargo y no obstante dicha preparación, la competencia de protección está encomendada al fiscal, conforme hemos visto. Una reforma legal en tal sentido no podría atribuir a los notarios esta competencia y soslayar la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal. Es más, una reforma de la regulación no tendría por qué apartarse de la solución adoptada hasta ahora en el caso de divorcio judicial por mutuo acuerdo.

Los párrafos 5.º y 6.º del artículo 92 del Código Civil, relativos al acuerdo de los cónyuges sobre el ejercicio de la custodia compartida, disponen lo siguiente: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba

(39) PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, págs. 355-356.

practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda». Es decir, en los supuestos de acuerdo de los padres sobre el ejercicio de la guardia y custodia, el Código Civil establece la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal, sin que se abandone dicha posibilidad a la decisión del juez. En el mismo sentido, establece el artículo 777.5 de la LEC que: «Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor». En tal caso y en virtud de un elemental criterio analógico, no parece admisible la aplicación de la solución adoptada por la regulación cubana sobre la decisión potestativa del notario. Si el mismo viene a ocupar la posición dejada por el juez, es obvio que lo debe hacer con las mismas funciones y potestades. Aunque el precepto del Código Civil solamente establece tales requerimientos para resolver sobre la adopción de la custodia compartida, sin embargo, dado el carácter central de esta cuestión en relación con la protección de los derechos e intereses de los hijos, entendemos que es admisible la extensión de la misma solución a las decisiones que afecten a estos. Además, el artículo 777.5 de la LEC extiende la exigencia del informe a todos los convenios relativos a los hijos.

En segundo lugar, hay que preguntarse por el carácter vinculante de los informes del Ministerio Fiscal. A diferencia de lo establecido en la normativa cubana y a la luz de lo dispuesto en la legislación española respecto del divorcio judicial, tampoco parece que los informes del fiscal puedan vincular el sentido de las decisiones del notario, en su caso. En el supuesto de los procesos judiciales de divorcio sin acuerdo, dispone el artículo 92.8 del Código Civil que: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». Es decir, según este precepto, el juez, en los casos en los que medie acuerdo de las partes sobre la guardia y custodia, requiere el informe favorable del Ministerio Fiscal para poder resolver a favor de la guarda y custodia compartida. Se trata de un precepto que ha sido muy discutido, pues supone una vinculación de la función del juez a la decisión del fiscal.

Se ha sostenido que dicha sujeción resulta contraria a la función decisoria que la Constitución atribuye al juez, por lo que el precepto debe interpretarse de forma sistemática, lo que supone que el juez puede acordar la guarda y custodia compartida no obstante el informe desfavorable del juez (40). En este

(40) *Conclusiones sobre las reformas del Derecho de Familia*, II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados

mismo sentido, podría sostenerse que, sobre la base de la identidad de funciones del notario y el juez, tampoco en el supuesto de divorcio notarial debería ser vinculante el informe del Ministerio Fiscal. No obstante, existe en el supuesto que analizamos un dato que resulta decisivo para argumentar a favor de esta opción. El artículo 92.8 establece la vinculación del informe del fiscal en el supuesto de falta de acuerdo de los cónyuges sobre la guardia y custodia. Sin embargo, en el supuesto de que sí medie dicho acuerdo, el artículo 92.5 y 6 del Código Civil solamente establece la intervención preceptiva de aquel, pero en modo alguno dispone el carácter vinculante de sus apreciaciones. Ha sostenido el Defensor del Pueblo que la regla general es el acuerdo de los cónyuges —art. 92.5— y la excepción la intervención dirimente del juez y el informe vinculante del fiscal —art. 92.8— (41). En el supuesto de que pudiera sostenerse la constitucionalidad del artículo 92.8, solamente se aplicaría a los casos de falta de acuerdo. Pues bien, sobre la base de lo anterior, debemos preguntarnos si la solución adoptada por el Código Civil para los divorcios en sede judicial sería aplicable a los divorcios ante notario, si es admisible o no, sin más, la aplicación analógica de esta solución al divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Por lo demás, la solución propuesta no depende del sentido, favorable o desfavorable, de los informes del Ministerio Fiscal. Las funciones otorgadas al juez por el artículo 92.5 del Código Civil, cuando concurre acuerdo de los cónyuges, no se supeditan al sentido de tales informes.

Se ha sostenido que en el supuesto de que notario y fiscal discrepasen sobre los acuerdos de los cónyuges, debería abrirse la vía judicial, por cuanto el primero no tendría reconocidas idénticas funciones a las judiciales (42). En tal caso, no se admitiría la aplicación analógica de los preceptos del Código Civil analizados y de la LEC al divorcio notarial. Se trata de una posición acorde con la regulación cubana, que establece que, en el supuesto de que el fiscal informase en contra de los acuerdos de los cónyuges, el notario no podría resolver a favor del divorcio. En tal caso, la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de divorcio supondría la necesidad de acudir al juez para obtener el mismo. Por el contrario, en el supuesto de que el informe del fiscal fuese favorable a los acuerdos alcanzados y el notario estimase, no obstante, lo contrario, tal situación conllevaría también la necesidad de acudir a la vía judicial.

Sobre la base de lo anterior, es necesario preguntarse acerca del papel que podría ocupar el notario en el procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo.

de la Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 23-25 de noviembre de 2005, punto 3.2, pág. 3. Se puede encontrar en www.poderjudicial.es

(41) DEFENSOR DEL PUEBLO: «Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo en relación con la solicitud de recurso de inconstitucionalidad del artículo 92 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, pág. 4. Se puede encontrar en www.defensordelpueblo.es

(42) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 54.

En concreto, debemos plantearnos si el notario ocupa, sin más, la posición del juez o, por el contrario, se trata de una intervención con potestades menores que las de este último. La respuesta es importante: si se afirmase tal circunstancia, la función del Ministerio Fiscal no sufriría ninguna modificación, de tal forma que sus informes no podrían vincular la decisión del notario. En caso contrario, la falta de identidad de las posiciones de juez y notario permitiría sostener el valor vinculante de los informes del fiscal, como ha afirmado algún autor, según vimos en líneas anteriores.

Desde un punto de vista jurídico, el otorgamiento a los notarios de los divorcios por mutuo acuerdo se justifica por la preparación de estos profesionales y la inexistencia de contradicción entre las partes, lo que configura el procedimiento como un supuesto de jurisdicción voluntaria. En este sentido, las cautelas que se deben adoptar en estos casos están referidas a la protección de los hijos menores o incapacitados. Para ello, interviene el Ministerio Fiscal. Ahora bien, la limitación de la función notarial mediante el establecimiento del carácter vinculante de los informes del fiscal solamente se puede justificar si se precisa establecer una diferencia entre aquellas funciones y la de los jueces, por razón de la particular naturaleza de la función y el cargo del juez. La función notarial también es de naturaleza decisoria, pues el otorgamiento de la escritura pública supone la autorización de la propuesta de los cónyuges de divorciarse. En este sentido, recuerda AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ que la intervención notarial debe satisfacer las funciones asesora, de control de la legalidad y de respeto a la autonomía de los cónyuges. En caso contrario, no tendría razón de ser la intervención notarial (43). Se dice que los notarios poseen *auctoritas*, pero carecen de *imperium*. La pregunta es si existe algún inconveniente en que la Ley reconozca el mismo a los notarios. Por otra parte, desde un punto de vista de la economía procesal, es obvio que la eliminación del carácter vinculante de los informes del fiscal favorece la agilización de los procedimientos de divorcio, dado que, en caso contrario, los informes negativos supondrían la remisión del procedimiento al juez, lo que implicaría volver a la situación inicial que se pretendía evitar y, así, la adopción de una solución de efectividad mínima sobre la base de los objetivos pretendidos.

De otro lado, la intervención del Ministerio Fiscal en un procedimiento que se sustancia ante el notario requeriría la modificación del Estatuto del Ministerio Fiscal, que solamente prevé su participación en procesos judiciales

(43) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», en *Diario La Ley*, núm. 7837, Sección Doctrina, 13 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley, págs. 3 y 4. En contra, BAUTISTA LÓPEZ reclama que la intervención del notario se limite a la mera protocolización del convenio y a su incorporación a la escritura, prohibiendo labores de asesoramiento. BAUTISTA LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 6.

o relacionados con el poder judicial (44). No obstante la competencia general del artículo 3.16 del Estatuto, es obvio que sería necesaria una reforma en tal sentido. Esta solución parece haberse implantado con normalidad en otros países del ámbito iberoamericano y no plantea problemas en algún sector doctrinal, como veremos más adelante. De cualquier forma, en el supuesto de que se aceptase el divorcio con hijos menores o incapacitados, la intervención del Ministerio Fiscal sería inevitable.

Todas las razones anteriormente apuntadas aconsejan, caso de optar por el divorcio notarial, no incluir el supuesto de divorcio de matrimonio con hijos menores o incapacitados. Se trata de un caso en el que se plantean muchos problemas y surgen muchas cuestiones cuya resolución pone en tela de juicio la virtualidad y efectividad del divorcio notarial. Como hemos visto, en algunos países se admite este supuesto cuando el juez ha resuelto con anterioridad las cuestiones relacionadas con los hijos. Sin embargo, de adoptarse esta solución no se conseguiría el objetivo perseguido: únicamente se estaría desdoblando el procedimiento, lo que supondría mayor profusión procesal y, con ello, mayores esfuerzos para los cónyuges, a la vez que no se agilizarían los Juzgados. Pues bien, la intervención del juez y del Ministerio Fiscal en los divorcios, por acuerdo o no, de matrimonios en los que hay hijos menores o incapacitados constituye una garantía de sus derechos e intereses reconocida por la Constitución y la Ley y parece recomendable que dicha solución se mantenga.

C) LA CONFIGURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL: LA NUEVA NORMATIVA DE MEDIACIÓN

La sustitución del juez por el notario en los divorcios por mutuo acuerdo requiere, de forma previa, determinar cuál es la naturaleza de dicha intervención. En líneas anteriores hemos hecho alusión a la participación de los notarios en procedimientos con ausencia del principio contradictorio, en los que su actuación no posee carácter dirimente de conflicto alguno. En este sentido, el Ministerio de Justicia tiene la intención de reformar la normativa de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, la desjudicialización de estos procedimientos abre una serie de posibilidades respecto de los cauces procedimentales que se pueden emplear. En cualquier caso, la calificación de la labor notarial debe tener en cuenta estos dos aspectos fundamentales: ausencia de contradicción y de intervención judicial. Por otra parte, debemos tener en cuenta la naturaleza de la función notarial y,

(44) En este sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ sostiene que la atribución a los notarios solamente es posible cuando no concurren hijos, pues en otro caso no se pueden descongestionar los Juzgados. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 3.

en particular, su participación en actos de derecho de familia y, en concreto, de las relaciones conyugales.

En primer lugar, es necesario analizar la función notarial con el fin de determinar si es o no posible atribuir a este cuerpo la competencia de divorcio por mutuo acuerdo. Conforme dispone el artículo 1.2 y 3, «Los notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: A) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. B) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar». Por su parte, establece el artículo 2 que: «Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho Privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial». Finalmente, según el artículo 3.1, «El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados».

De los preceptos anteriores se pueden deducir los siguientes caracteres: los notarios son, en primer lugar, profesionales del Derecho dotados de una función pública. No vamos ahora a discutir sobre la naturaleza de la función notarial. Para algunos se trata de una función híbrida, privada y pública (45). Para otros, la denominación de funcionario público no se corresponde con su función y se debe a un error derivado de la influencia en nuestra normativa de la legislación francesa de 1806 (46). Se ha sostenido por algunos que la fe pública queda fuera del Derecho Administrativo (47), mientras otros sostienen que se trata de un verdadero servicio administrativo (48), que comporta el ejercicio de una función pública que no se puede externalizar o privatizar, lo que permite su denominación como funcionario público dotado de autoridad, aunque tales funciones se ejerzan como un profesional (49). En cualquier caso, se trata de gestores de la función pública de dar fe de los hechos y actos que presencian, a la vez que como profesionales altamente formados en el Dere-

(45) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «El notario: función privada y función pública. Su ines-
cindibilidad», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1980, pág. 263.

(46) FERNÁNDEZ, T. R. y SÁINZ MORENO, F., «El Notariado, la función notarial y las
garantías constitucionales», en *Cuadernos Civitas*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 32-33.

(47) NÚÑEZ LAGOS, R., «El Derecho Notarial», en *Estudios de Derecho Notarial*, Ins-
tituto de España, Madrid, 1986, págs. 4 y 5.

(48) GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, pág. 79.

(49) CAMPO GÜERRI, M. A., *op. cit.*, pág. 549.

cho, desarrollan una labor de asesoría a los ciudadanos con el fin de que estos logren sus objetivos de la forma más satisfactoria posible de acuerdo con los requerimientos legales. Por lo tanto, no son admisibles las afirmaciones que se han realizado desde distintos ámbitos aludiendo a un proceso de «privatización» de la justicia (50). Se argumenta que la propia naturaleza de la función notarial implicaría una merma de los niveles de seguridad jurídica de los cónyuges, dado que los notarios tienden a facilitar la realización de los actos para cuyo otorgamiento se solicita su intervención. Por el contrario, los órganos judiciales pueden o no decidir a favor de las pretensiones de las partes, en función de la protección de los diversos intereses o derechos en juego. No obstante lo anterior, no parece aceptable poner en duda la probidad de unos profesionales que han demostrado, a lo largo de su existencia, la alta capacidad en el desempeño de sus funciones y la efectividad de sus actuaciones. Podrá considerarse, con mayor o menor acierto, que la participación de los jueces y tribunales aumenta el nivel de tranquilidad de la ciudadanía. Ahora bien, no se puede hablar de privatización en el sentido propuesto ni tampoco de merma de la seguridad jurídica. En nuestra opinión, no son estas las razones que pueden fundamentar una solución contraria al divorcio notarial.

El notario ejerce una función de justicia preventiva que podría resultar acorde con los objetivos que se persiguen en el divorcio por mutuo acuerdo. La actuación de un notario viene a reforzar el acuerdo ya alcanzado por las partes o consiste en asesorar a las partes para la consecución de dicho acuerdo de forma aséptica, sin que ello suponga la inducción al mismo. En este sentido, el notario no actúa para dirimir acerca de la proposición efectuada por los cónyuges, sino para decretar su conformidad a Derecho y redactar el documento en el que sustancia dicho acuerdo y que le otorga publicidad suficiente. Al igual que en el matrimonio son los cónyuges quienes «se casan», en el divorcio, por mutuo acuerdo, son también los propios cónyuges quienes llevan a cabo el acto, de tal forma que la intervención de la autoridad pública, sea cual fuere esta, tiene como objetivo constatar y dar sanción pública a dicho acto. Ya señalamos anteriormente que la importancia del acto y del estado de cosas resultante del mismo impide hablar de una espiritualización absoluta —que supondría la eliminación de la intervención de un funcionario—. Sin embargo, no se puede negar que la normativa matrimonial y de divorcio tiende a elevar la importancia de la voluntad en detrimento del valor de la intervención pública.

Es cierto que los notarios ya intervienen en actos relacionados con posibles situaciones de crisis matrimonial, como los convenios reguladores que prevén aquellas o las escrituras que contienen acuerdos de separación (51). Frente a lo anterior, se puede argumentar también que se trata de supuestos en los que

(50) Vid. GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 4.

(51) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 34.

solamente se afectan los intereses puramente económicos de los cónyuges, sin que se incida en aspectos personales. No obstante lo anterior, también es cierto que la concurrencia de la voluntad acorde de los cónyuges, unido a la admisión del divorcio notarial para el supuesto de que no haya hijos menores o incapacitados, minimiza las posibles afecciones referidas. Los efectos principales del divorcio son de naturaleza económica. Por otra parte, también intervienen los notarios, desde hace tiempo, en otros actos en el ámbito del Derecho de Familia que trascienden al mero interés económico, por ejemplo, el reconocimiento de la filiación extramatrimonial por escritura pública notarial.

Por lo demás, se oyen voces desde el estamento notarial que justifican la posible atribución de la competencia sobre la base de precedentes históricos e, incluso, existentes en la actualidad. Así, se pueden encontrar en el Archivo de Protocolos del Colegio Notarial de Barcelona, diversos formularios de los siglos XV, XVI y XVII, en los que se incluyen escrituras de separación por mutuo acuerdo (52). Sin embargo, no solo en la Historia podemos encontrar precedentes. En la actualidad también hay supuestos de intervención notarial en relación con el establecimiento de un régimen de parejas o que afecte a las mismas. En este sentido, GOMÁ LANZÓN recuerda que el Derecho autonómico catalán establece, por regulación de 1998, la autorización por notario de las uniones estables de pareja, ya sean de composición heterosexual u homosexual, con efectos cercanos a la unión matrimonial (53). No obstante lo anterior, aunque en efecto la figura mencionada posee una eficacia jurídica cercana al matrimonio, sin embargo ello no supone una equiparación, sobre todo si tenemos en cuenta que después se ha regulado el matrimonio por personas del mismo sexo, sin haber establecido la competencia del notario al efecto.

En relación con la intervención del notario en los procedimientos de divorcio por mutuo acuerdo, se ha sostenido en los últimos tiempos, desde la propia profesión notarial (54), que dicha participación se puede configurar como un supuesto de mediación. Se trata de una terminología que se está empleando de forma profusa para referirse a situaciones y supuestos de significado diverso. Desde un punto de vista general, la mediación hace alusión a la participación de terceras personas que pretenden eliminar las posibles diferencias existentes entre las partes en un conflicto, con el objetivo de alcanzar un acuerdo que disipe las diferencias existentes. Así, el mediador es una persona con capacidad y competencia para ayudar a las partes a alcanzar dicho acuerdo, partiendo de una situación de conflicto. Es esta una concepción general aplicable a gran

(52) CAVALLÉ CRUZ, A., «Viabilidad del divorcio de mutuo acuerdo ante notario», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, pág. 1.

(53) GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 3.

(54) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *Aspectos jurídicos y fiscales...*, pág. 168. También, GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 1. No obstante, este autor reconoce que la normativa sobre mediación no atribuye la función mediadora a la profesión notarial.

diversidad de supuestos. Sin embargo, es necesario determinar si dicha aceptación se observa también en aquellos casos en los que se pretende proponer la solución del conflicto, de naturaleza jurídica, al notario, con el fin de que este acerque las posturas de los cónyuges que desean divorciarse para lograr un acuerdo entre ellos.

Recientemente, se ha aprobado el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para trasponer lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (55). Aunque esta Directiva tiene como objetivo primordial la adopción de un procedimiento de solución de conflictos transfronterizos, sin embargo nada impide, como dispone la misma, que los Estados miembros apliquen estas disposiciones a los procedimientos de mediación de carácter nacional —Considerando 8 de la Directiva—. Todo ello, sin olvidar la diversa regulación autonómica existente, así como la sectorial en el ámbito de los seguros o de las condiciones generales de contratación (56). La Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la LEC en materia de separación y divorcio, ya incluía la posibilidad de solicitar la suspensión del proceso judicial para acudir a la mediación. Finalmente, se ha aprobado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (57).

El objetivo de la regulación sobre mediación es su configuración como un instrumento, no tanto alternativo como complementario de los procesos judiciales. En este sentido, no se pretende únicamente establecer un mecanismo que aligere de carga de trabajo a los Juzgados, sino ofrecer a los ciudadanos un método que puede ser más adecuado para arreglar ciertos conflictos (58). La mediación, según el artículo 1 de la Ley 5/2012, «aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (59). Es decir, en este supuesto, el mediador realiza una labor

(55) Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008, referencia L 136/3.

(56) Así, la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación de la empresa familiar de la Comunidad Valenciana, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en Derecho Privado de la Comunidad de Cataluña o la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad de Cantabria, por citar algunas. Por otro lado, se contempla la mediación en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

(57) BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

(58) CARRETERO MORALES, E., «Comentarios al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y de Arbitraje*, núm. 1, 2011. www.riedpa.com, pág. 16.

(59) Resulta más precisa la definición incluida en el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE, según el cual mediación es: «a) un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar, por sí mismas, un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.

encaminada a que las partes logren un acuerdo, de tal forma que la voluntad de aquellas es el elemento decisivo: si no concurre una verdadera voluntad de acuerdo, la mediación deriva en un litigio o el arbitraje. A diferencia del arbitraje, en el que el árbitro recibe el encargo de las partes de adoptar una solución vinculante para un conflicto existente entre ellas, el mediador realiza todas aquellas gestiones que sean favorables al acercamiento de las partes y al acuerdo (60). No es un «solucionador» en sí, sino más bien un «facilitador» de soluciones. Ello plantea grandes diferencias procedimentales y sustantivas: quizá la principal sea que en el arbitraje las partes, una vez que deciden acerca de la adopción de dicho mecanismo, deben pasar por lo que acuerde el árbitro, mientras que en la mediación la libertad de las partes alcanza a la posibilidad de no concluir finalmente un acuerdo, conforme establece el artículo 6.3 de la Ley 5/2012 (61). En este sentido, la labor del mediador no está necesariamente encaminada al acuerdo, sino que, de conformidad con el artículo 13.2, debe desarrollar una conducta que favorezca el acercamiento de las partes, sin prejuzgar cuál vaya a ser el resultado de tal acercamiento (62). No obstante lo anterior, según la naturaleza del conflicto, la mediación será más o menos activa (63). A tal efecto, el mediador puede, unas veces, ser consejero y otras ser un árbitro (64). Tampoco es equiparable la mediación a la conciliación. En esta, si bien son las partes las que ponen fin al conflicto, sin embargo adopta una posición más activa, tratando de empujar a las partes a lograr un

Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro». A diferencia del precepto nacional, la Directiva precisa más la naturaleza de la intervención del mediador, al emplear de forma expresa el término «ayuda», frente a la palabra «intervención». Además, esta terminología da una idea clara del papel de facilitador del acuerdo del mediador, no de su intervención dirimente.

(60) Es precisamente la existencia de un conflicto que se resuelve por el laudo del árbitro lo que elimina la posibilidad de poder resolver los divorcios por mutuo acuerdo de los cónyuges mediante el empleo del arbitraje, dado que presupone tal conflicto. La misma circunstancia se observa en la transacción. Así, no sería admisible la aplicación de las regulaciones de estos medios de solución de conflictos a este tipo de divorcios. En este sentido, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 35.

(61) Ni siquiera la existencia de una cláusula de sumisión a la mediación vincula a las partes a la continuación y terminación. Vid. CARRETERO MORALES, E., *op. cit.*, pág. 32.

(62) En cualquier caso, también se ha afirmado que el mediador debe velar por los intereses más necesitados de protección y debe actuar para equilibrar las posiciones de las partes. Vid. CARRETERO MORALES, E., *op. cit.*, pág. 43.

(63) Tal circunstancia da lugar a diversos modelos de mediación. Para su estudio, OTERO PARGA, M., «Los modelos teóricos de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente* (SOTELO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, coords.), Ed. Tecnos, Madrid, 2007, págs. 158-171.

(64) CUVILLO CONTRERAS, I., «La negociación y la mediación como sistemas alternativos para la resolución de conflictos. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección a fondo, 1-15 de enero de 2010, tomo 1, Ed. La Ley, pág. 6.

acuerdo. Además, a diferencia de la mediación, el conciliador desarrolla una función «cuasijurisdiccional», previa al proceso y muchas veces se sustancia ante las mismas autoridades (65).

La mediación presupone la existencia de un conflicto para cuya resolución se acude a este mecanismo. Ello no impide, sin embargo, su empleo en el supuesto de los divorcios por mutuo acuerdo. Aunque, en efecto, estos divorcios tienen como presupuesto la inexistencia de conflicto entre partes, sin embargo es precisamente para alcanzar el acuerdo que permite optar por este divorcio para lo que se emplea la mediación. En este sentido, la mediación actuaría en estos casos como presupuesto necesario para, posteriormente, poder divorciarse por mutuo acuerdo. De esta forma, la mediación evitaría los procedimientos contenciosos, más fatigosos y traumáticos, y allanaría el camino para los procedimientos de jurisdicción voluntaria o los divorcios notariales, en su caso. Así, tendríamos que distinguir entre el desarrollo de un proceso de negociación, discusión y demás, propio de la mediación por una parte, y el acuerdo que sustancia el divorcio, por otra. No obstante, el artículo 777 de la LEC contempla la denominada mediación intraprocesal en el ámbito de procesos familiares por mutuo acuerdo: se trata de un supuesto de mediación que se sustancia dentro del proceso judicial, no como mecanismo alternativo de solución del conflicto, sino para eliminar el carácter contencioso del proceso (66). Incluso, nuestra legislación laboral acepta la mediación como requisito previo a ciertos procesos y la LEC establece en el artículo 415 la posibilidad de que los jueces desarrollen labores de mediación en la audiencia previa, con el fin de comprobar si persiste el litigio entre partes y poder ayudar a las partes a concluir un acuerdo, si no manifiestan haberlo alcanzado ya (67).

Más allá de un análisis de la normativa sobre la mediación referida, el objeto de este trabajo exige preguntarse acerca de la posibilidad de que sean los notarios quienes lleven a cabo la mediación en el divorcio por mutuo acuerdo. En efecto, se ha sostenido la posibilidad de que el notario pueda ayudar a los

(65) LÓPEZ JARA, M., «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7857, Sección Doctrina, 14 de mayo de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley, pág. 5.

(66) LASHERAS HERRERO, P., «Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005», en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 5, diciembre de 2007, págs. 43 y sigs. También, LÓPEZ JARA, M., *op. cit.*, págs. 12-13. Sobre este tipo de mediación y sus implicaciones para el proceso judicial, la sesiones informativas, la confidencialidad de la información y otras cuestiones, vid. LUQUIN BERGARECHE, R., «Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación de conflictos familiares», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 136, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, págs. 13-66.

(67) CUVILLO CONTRERAS, I., *op. cit.*, pág. 5.

cónyuges a concretar su decisión y acuerdo de divorcio y a formalizar, con los requerimientos jurídicos necesarios, dicho acuerdo (68). Se configura, así, al notario como un mediador, para lo que se sugiere la intervención y colaboración de profesionales de otras disciplinas no jurídicas. A ello se añade el hecho de que la intervención notarial permite recoger dichos acuerdos en escritura pública y, con ello, dotarles de fuerza ejecutiva. Se trata de una visión que se acerca a lo establecido en la regulación sobre mediación civil y mercantil. El artículo 11.2 de la Ley 5/2012 establece que: «El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico». Por su parte, el artículo 11.2 de la Ley 5/2012, si bien modifica la redacción del precepto del Decreto-ley, sin embargo mantiene la exigencia de la formación específica: «El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional». Como se puede comprobar, se trata de una profesión para la que se exige una formación específica, que trasciende a los conocimientos jurídicos y no requiere, sin embargo, un grado de formación objetivado y específico (69). Desde este punto de vista, el elenco de personas que pueden ejercer la función mediadora es amplio y permitiría incluir, en principio, a los notarios.

No obstante lo anterior, no parece que las exigencias del artículo 11, relativas a la formación del mediador, se adecuen a la figura del notario. El notario es un profesional jurídico de reconocido prestigio, pero no posee, ni mucho menos, una formación similar en campos como la psicología o la negociación. La mediación requiere el dominio de una serie de técnicas de llevanza y gestión de las negociaciones, que requieren una formación y experiencia específicas (70).

(68) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *Aspectos jurídicos y fiscales...*, pág. 168.

(69) No obstante lo anterior, sí parece que la experiencia en profesiones jurídicas se tiene en cuenta por la norma. Así, la Disposición Adicional 2.^a del Decreto-ley 5/2012 establece, como impulso de las Administraciones a la mediación, que se procurará incluir la mediación en el asesoramiento gratuito previo al proceso, de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre asistencia jurídica gratuita. Con ello, se olvida que, en gran número de supuestos, se obvia la mediación posterior derivada de procesos ya abiertos. Vid. SOTELO MUÑOZ, H., «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7834, Sección Tribuna, 10 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley, págs. 4-5.

(70) Sobre las fases de la mediación, vid. BARONA VILAR, S., «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje», en *Mediación: un*

Es obvio que la normativa permite la posibilidad de intervención conjunta de varios mediadores en supuestos complejos —art. 18.2—, sin embargo ello no permite la posibilidad de que puedan ser mediadores personas con una formación parcial. La mediación va más allá de la mera labor de asesoramiento jurídico, exige conocimientos que permitan gestionar una situación de conflicto latente o patente, para lo que no basta la mera experiencia profesional, por muy acumulada que sea, según dispone el artículo 11.2. No cabe duda que la consideración de la mediación como método de solución extrajudicial de conflictos implica la concepción de una mediación de marcado carácter jurídico, en la que el mediador debe tener una formación jurídica (71). Sin embargo, ello no supone en modo alguno la negación de una formación multidisciplinar. Por otra parte, no cabe duda que el notario desarrolla una labor de mediación cotidiana tendente a la eliminación de posibles asperezas para lograr realizar el acto y redactar el documento de que se trate. Sin embargo, no es esta una labor de mediación para la solución de un conflicto. Como pone de manifiesto TORRES ESCÁMEZ, el notario está para prevenir y evitar los conflictos, no para solucionarlos (72).

La Ley 5/2012 tiene presente a la figura del notario, pero no como mediador. Según el artículo 25.1 y 2: «Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho». La normativa sobre mediación ha pensado en el notario para el ejercicio de una función que le es propia, según su propia legislación. En este sentido, el notario interviene en un momento posterior a la consecución del acuerdo, con el fin de dotar al mismo de eficacia ejecutiva, mediante su elevación a público (73). Se trata de una facultad, no una obligación, de las partes: en caso de concurrir una

método de conflictos. Estudio interdisciplinar (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.), COLEX, Madrid, 2010, págs. 88-90.

(71) MARTÍN DÍZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 170-171.

(72) TORRES ESCÁMEZ, S., «La mediación como sistema de solución de conflictos», en *La reforma de la justicia preventiva*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (dir.: MARTÍN ROMERO, J. C.), Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 325-328.

(73) En relación con la fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación elevados a público, recuerda MARTÍN PASTOR que hubiera sido deseable adecuar a esta solución el artículo 520 de la LEC, según el cual los títulos ejecutivos no judiciales y arbitrales únicamente pueden incorporar acuerdos relativos a prestaciones dinerarias. Sin embargo, parece que el Decreto-ley 5/2012 pretende hacer extensivo este efecto a acuerdos de otra naturaleza. MARTÍN PASTOR, J., «La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-ley 5/2012 (1)», en *Diario La Ley*, núm. 7862, Sección Tribuna, de 21 de mayo de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley, pág. 3.

de las partes, la mediación produce para las partes el efecto de cosa juzgada, *ex* artículo 1816 del Código Civil (74).

El notario debe realizar el preceptivo juicio de legalidad para acreditar el cumplimiento de los requerimientos establecidos respecto del procedimiento de mediación, así como de la conformidad de los acuerdos alcanzados al Ordenamiento jurídico. Pues bien, la exigencia de una formación específica y la mención de la intervención del notario en el sentido reseñado, en un momento posterior al desarrollo de la mediación en sí, nos indica que no parece admisible la participación del notario en el conflicto como tal mediador. No cabe duda que, en numerosos casos, el desarrollo de la profesión notarial conlleva la realización de ciertas gestiones para limar las posibles diferencias entre las partes. Pero se trata de una labor que persigue, más bien, eliminar los obstáculos de naturaleza jurídica que pudieren existir, no de otro tipo. Quizá, podría admitirse la posibilidad de que los notarios, como cualquier profesional, adquiriesen la formación necesaria para desarrollar la mediación. De cualquier forma, la función notarial no parece encajar de manera sencilla con la labor de mediación. En cualquier caso, no creemos que tal solución pueda servir de argumento en contra de la atribución del divorcio por mutuo acuerdo a los notarios. Como ya hemos señalado, en este caso el notario interviene, como en los supuestos de mediación, para escriturar los acuerdos y decretar finalmente el divorcio, con independencia de cuáles hayan sido los pasos previos a tal momento.

D) LA FUNCIÓN ASESORA DE LOS NOTARIOS Y LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO EN EL PROCEDIMIENTO

Es esta, con seguridad, una de las cuestiones que más opiniones ha suscitado, la mayoría de ellas encontradas. En concreto, desde la abogacía se observa con recelo la atribución a los notarios de estos procedimientos. Es obvio que, tanto la propia función encomendada a los notarios por el Reglamento Notarial como la preparación de aquellos, conlleva la posibilidad de que los cónyuges puedan recibir asesoramiento, como cualquier otro destinatario de los servicios notariales, para llevar a buen puerto los acuerdos sobre divorcio y relacionados con este. Claro está, en el procedimiento judicial por mutuo acuerdo las partes acuden al mismo asistidas de abogado, común o no, para recibir el mencionado asesoramiento. En este sentido, entiende la abogacía que la duplicidad de asesoramientos no se justifica y, lógicamente, puede concluir en la idea de la falta de necesidad de tal duplicidad, lo que puede afectar a la continuidad de

(74) LÓPEZ JARA, M., *op. cit.*, págs. 18-19.

los abogados en estos procedimientos. Como se puede comprobar, se trata de un debate que posee un claro carácter económico.

Sobre la base de la legislación actual, tanto el asesoramiento de los abogados como el de los notarios encuentra plena justificación. Por una parte, el artículo 1.3 del Reglamento Notarial dispone que los notarios tienen la función de asesorar a quienes solicitan sus servicios y proporcionar información acerca del medio jurídico más adecuado para el logro de sus objetivos, como profesionales del Derecho que son. Se trata de una función tradicional, sustentada en su preparación, que junto con la fe pública que proporcionan a los documentos que redactan y autorizan, constituye uno de los fundamentos de la seguridad y la paz que aportan al tráfico jurídico. Por otra, el artículo 750 de la LEC establece que: «1. Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador. 2. En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, estos podrán valerse de una sola defensa y representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el Tribunal, el secretario judicial requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el Tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, el secretario judicial requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente». Se trata de una medida con la que se pretende garantizar el derecho de defensa de las partes.

Debemos reparar en que las funciones de ambos profesionales, si bien poseen cierta similitud, sin embargo no se pueden equiparar. No debemos olvidar que el abogado interviniente en el proceso posee una función de defensa, no solo asesora. Es obvio que el notario proporciona a las partes información valiosa para que los acuerdos sean satisfactorios y acordes a la Ley. Sin embargo, el notario no participa desde la posición de uno o ambos cónyuges, sino que ostenta una ubicación en el procedimiento equidistante, como corresponde a una autoridad que viene a cumplir, en parte, las funciones judiciales. Como ya dijimos anteriormente, el notario posee una naturaleza híbrida, que conjuga aspectos propios de un funcionario público, que lo es, con los de un profesional del Derecho. En este sentido, es lógico que el mismo deba prestar servicios de resolución del divorcio y, a la vez, de asesoramiento técnico.

Así, la participación del notario no debe afectar, ni mucho menos, a la posición de los abogados. La neutralidad del notario exige la intervención de otro profesional que defienda los intereses de parte. En este sentido, es obvio que las posteriores vicisitudes que afecten a la situación derivada del divorcio,

como ejecuciones posteriores o modificaciones de las medidas acordadas inicialmente, reclaman la intervención de un abogado (75). Sin que ello requiera tampoco la eliminación del asesoramiento notarial. El notario actuará como un elemento de doble criba, que garantiza mayor seguridad en la corrección y legalidad del procedimiento. Es más, las funciones de control de la legalidad obligan a la prestación de asesoramiento siquiera indirecto, por cuanto el notario deberá avisar a los cónyuges de lo que se puede o no hacer. Se trata, por lo demás, de una práctica que se observa en numerosos supuestos en los que los ciudadanos acuden al notario asistidos por un abogado. El temor a que un incremento de los costes pueda reducir la intervención de los abogados y, con ello, sus honorarios, no parece ajustarse a la realidad (76). En relación con lo anterior, la participación del notario no tiene por qué suponer necesariamente la generación de discriminaciones económicas, que estarían injustificadas. Dicho razonamiento determinaría, entonces, la eliminación de la intervención de los notarios en el otorgamiento de los testamentos, por ejemplo.

En nuestra opinión, el factor decisivo es la distinta naturaleza de los asesoramientos de abogado y notario. El primero presta un asesoramiento de parte, defiende los intereses de su cliente, por lo que su información está encaminada siempre a favorecer las pretensiones de aquel. Por su parte, el notario debe adoptar una posición de neutralidad, que permita obtener los fines comunes y objetivos de ambas partes, pero sin que pueda bascular a favor de una u otra. Por todo ello, entendemos que ambos asesoramientos son compatibles, sin perjuicio de que la reforma legal que introduzca el divorcio ante notario, de producirse, deba incluir la preceptiva intervención de la abogacía.

4. CONCLUSIONES

La implantación del divorcio ante notario se ha planteado en nuestro país como una medida que persigue la agilización de los procesos de divorcio en los que no existe contienda entre los cónyuges, lo que elimina la existencia de litigio que requiera de la intervención del Juez. Esta claro que la agilización de la Administración de la Justicia pasa, en circunstancias normales, por la aprobación de un plan integral que vaya acompañado de una dotación económica, la cual se nos antoja sustanciosa. Es obvio que en la actualidad tal estrategia resulta de imposible aplicación, por lo que son necesarias otras medidas con menor coste para las arcas públicas.

(75) BAUTISTA LÓPEZ, J., *El divorcio ante...*, pág. 6.

(76) Como ha señalado GOMÁ LANZÓN, entre otros, es muy probable que, a los efectos de la remuneración notarial, se consideren tales actos como documentos sin cuantía. GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 4.

En principio, es innegable que la intervención del notario puede contribuir a aligerar la carga de jueces y tribunales. Sin embargo, en la práctica parece que el efecto mencionado no posee un volumen tan apreciable como para justificar una medida de tal calibre. En primer lugar, el número de divorcios por mutuo acuerdo no es cuantioso. Además, desde un punto de vista cualitativo, tampoco parece que estos procesos supongan una gran carga de trabajo. Por el contrario, un buen número consiste únicamente en la presentación y aprobación del convenio regulador, sin que se genere posteriormente litigio alguno. Por lo tanto, aunque la atribución a los notarios de esta competencia supondría una rebaja del trabajo, no está claro que la misma fuese de una consideración apreciable.

En cualquier caso y como ya dijimos, la razón de la economía procesal y de trabajo solamente justificaría la adopción de esta solución si se preservasen las garantías para las partes y los posibles afectados y si, a la vez, se eliminase la litigiosidad de forma permanente, evitando con ello un efecto rebote que llevara los procedimientos de nuevo a los Juzgados (77). Respecto del primer punto, las garantías para las partes parecen estar aseguradas, dada la preparación de los notarios y su amplia experiencia en procedimientos de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho de Familia y, en particular, con la economía de los cónyuges. Por otra parte, la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal cuando se trate de divorcio de pareja con hijos menores o incapacitados, hace que, en nuestra opinión, debiera limitarse, en su caso, esta reforma a los supuestos en los que no concurra esta descendencia, dado que la regulación del Ministerio Fiscal solo prevé su intervención en procedimientos judiciales. Así, no encontraríamos problema alguno en la atribución a los notarios de esta competencia respecto de las garantías jurídicas. Aunque también se ha sostenido lo contrario y se ha argumentado que no sería siquiera necesaria la modificación de la regulación del Ministerio Fiscal (78), en nuestra opinión esta normativa tan solo contempla actuaciones en el seno de procedimientos judiciales.

Sin embargo, esta intervención no parece que pueda ser definitiva, de tal forma que se prive a los cónyuges de la posibilidad de acudir al juez en un momento posterior como consecuencia de problemas o circunstancias posteriores. Por el contrario, como ha apuntado de forma acertada AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, hay una serie de situaciones en las que se debe arbitrar dicha opción: recurso ante la negativa del notario a aceptar algunas estipulaciones del convenio presentado, la posterior modificación del convenio por alteración de las circunstancias iniciales cuando no media acuerdo en tal sentido, lo que motivará, sin duda, su impugnación. También debe abrirse la vía judicial cuando los cónyuges, no obstante el acuerdo sobre el divorcio en sí, no aceptan sin

(77) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 2.

(78) CAMPO GÜERRI, M. A., *op. cit.*, pág. 639.

embargo la liquidación del régimen económico-matrimonial, lo que además, genera la obligación de determinar cuál es el juez competente (79). Aunque estemos ante procedimientos de jurisdicción voluntaria, no podemos olvidar que tales acuerdos no eximen de forma perpetua de posteriores pleitos que obliguen a la intervención judicial (80).

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

A lo anterior debemos unir el hecho de que, aunque desde los poderes públicos no se ha precisado si la competencia se atribuye con carácter exclusivo o no a los notarios, la mayoría de la doctrina no se atreve a proclamar esta solución y recomienda que se comparta con los jueces. Tradicionalmente, se ha sostenido la solución contraria: RODRÍGUEZ ADRADOS entiende que la competencia debe ser compartida por respeto al principio de justicia gratuita (81). Tal opción justifica menos, si cabe, la reforma, por cuanto se estaría en contradicción con el objetivo último de agilización. Es más, la consideración de los elevados costes notariales, equivocada o no, provocaría que la mayoría de los ciudadanos optasen por la vía judicial. Para que se trate de una opción real, deberían establecerse costes similares en ambas vías, si no se quiere configurar dos caminos separados, uno más ágil y caro y otro menos ágil y más barato, y con ello dar la razón a argumentos relativos a la privatización de la Justicia o similares.

Por todo lo anterior, no consideramos acertada la implantación de esta medida. No obstante, en el caso de que se decidiese lo contrario, entendemos que debe tratarse de una competencia exclusiva de los notarios, que deje abierta la vía judicial para posteriores recursos e impugnaciones. Solamente se podrá

(79) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, págs. 3-9.

(80) BUENDÍA CÁNOVAS, A., «Medidas anunciadas por el ministro Ruiz-Gallardón para agilizar la Administración de Justicia», en *Diario La Ley*, núm. 7813, Sección Tribuna, 7 de marzo de 2012, año XXXIII. Ed. La Ley, pág. 4.

(81) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Borrador para un Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria», referido en GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *op. cit.*, págs. 153-154.

acudir al notario cuando el matrimonio no tenga hijos menores o incapacitados. Además, no obstante, la intervención notarial para asesorar a los cónyuges y para otorgar la escritura pública de divorcio, consideramos que se debe establecer la correlativa intervención de los abogados, con fines de asesoramiento y defensa de los cónyuges, por las razones ya apuntadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», en *Diario La Ley*, núm. 7837, Sección Doctrina, 13 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley.
- BARONA VILAR, S.: «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje», en *Mediación: un método de conflictos. Estudio interdisciplinar* (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.), COLEX, Madrid, 2010.
- BAUTISTA LÓPEZ, J.: «El divorcio ante notario», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012, Pamplona, 2012.
- BELLOCH JULBE, J. F.: «Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, vol. I, Madrid, 1992.
- BUENDÍA CÁNOVAS, A.: «Medidas anunciadas por el ministro Ruiz-Gallardón para agilizar la Administración de Justicia», en *Diario La Ley*, núm. 7813, Sección Tribuna, 7 de marzo de 2012, año XXXIII. Ed. La Ley.
- CAM CARRANZA, G.: «Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal», en *El Divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B. y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008.
- CAMPO GÜERRI, M. A.: «La competencia notarial en asuntos no contenciosos», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 10, extraordinario 2010, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010.
- CARRETERO MORALES, E.: «Comentarios al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y de Arbitraje*, núm. 1, 2011. www.riedpa.com.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: «Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso», en *Notarius International*, vol. 5, 2000.
- «El divorcio ante notario», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012, Colegio Notarial de Madrid, 2012.
- «El divorcio en Europa», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto de 2006, Colegio Notarial de Madrid, 2006.
- CAVALLÉ CRUZ, A.: «Viabilidad del divorcio de mutuo acuerdo ante notario», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012, Colegio Notarial de Madrid, 2012.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Matrimonio no formalizado y divorcio notarial en Cuba: un propuesta de futuro para España», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre de 2011.

- *El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)*, en la página <http://www.uned.es/dpto-dcivil/IDADFE/divnot/CERDEIRADivnotl-Quadconc.pdf>
- *Conclusiones sobre las reformas del Derecho de Familia*, II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 23-25 de noviembre de 2005, punto 3.2, pág. 3. Se puede encontrar en www.poderjudicial.es
- CUVILLO CONTRERAS, I.: «La negociación y la mediación como sistemas alternativos para la resolución de conflictos. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección a fondo, 1-15 de enero de 2010, tomo 1, Ed. La Ley.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo en relación con la solicitud de recurso de inconstitucionalidad del artículo 92 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio*, pág. 4. Se puede encontrar en www.defensordelpueblo.es
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La jurisdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ, T. R. y SÁINZ MORENO, F.: *El Notariado, la función notarial y las garantías constitucionales*, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 32-33.
- GARRIDO TUNDIDOR, C. M.: «La posición procesal de los hijos sin plena capacidad en los procesos matrimoniales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, primer trimestre de 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- GOMÁ LANZÓN, I.: «Notarios, matrimonios y jurisdicción voluntaria», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012, Colegio Notarial de Madrid.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: *Jurisdicción voluntaria y función notarial*, XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Instituciones de Derecho Notarial*, Ed. Reus, Madrid, 1948.
- LASHERAS HERRERO, P.: «Mediación familiar intraprocésal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005», en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 5, diciembre de 2007.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, II, abril-junio de 2009, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- LÓPEZ DEL CARRIL, L. M.: «Los divorcios express», en *El Divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B. y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008.
- LÓPEZ JARA, M.: «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7857, Sección Doctrina, 14 de mayo de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley.
- LUQUIN BERGARECHE, R.: «Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación de conflictos familiares», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

- MARTÍN DIZ, F.: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- MARTÍN PASTOR, J.: «La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-ley 5/2012 (1)», en *Diario La Ley*, núm. 7862, Sección Tribuna, 21 de mayo de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley.
- MORENO CATENA, V.: *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (coord.: ESCRIBANO MORA, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Derecho Notarial», en *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto de España, Madrid, 1986.
- OTERO PARGA, M.: «Los modelos teóricos de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente* (SOTELO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, coord.), Ed Tecnos, Madrid, 2007.
- PALLAUD, H.: «Divorcio por mutuo acuerdo, propuesta de desjudicialización en Francia», en *El Divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B. y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008.
- PÉREZ GALLARDO, L. B.: «Un fantasma recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 27, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2009.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1980, Madrid, 1980.
- «Jurisdicción Civil y Notariado», en *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004.
- SOTELO MUÑOZ, H.: «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7834, Sección Tribuna, 10 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley.
- TOMÉ TAMAME, J. C.: «Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: causas, requisitos e iter procedimental», en *Noticias Jurídicas*, junio 2003.
- TORRES ESCÁMEZ, S.: «La mediación como sistema de solución de conflictos», en *La reforma de la justicia preventiva*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (dir.: MARTÍN ROMERO, J. C.), Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- ZÁRATE DEL PINO, J. B.: «La separación convencional y el divorcio ulterior en Municipalidades y Notarías: una alternativa», en *El Divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B. y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008.

RESUMEN

*DIVORCIO MUTUO ACUERDO
DIVORCIO NOTARIAL
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA*

En los últimos tiempos, las necesidades de agilización de la Justicia han

ABSTRACT

*UNCONTESTED DIVORCE
DIVORCE CONDUCTED BY NOTARY
VOLUNTARY JURISDICTION*

In recent times it has become clear that the justice system is choked with backlog.

propiciado una serie de propuestas lege ferenda destinadas a la desjudicialización de algunos procesos. En especial, de aquellos procesos en los que se observa una ausencia del principio contradictorio, encuadrables dentro de lo que se denomina la jurisdicción voluntaria. En este sentido, desde instancias políticas, se ha propuesto la atribución a los notarios de la competencia de los divorcios por mutuo acuerdo. Se trata de una solución que ya se ha implantado en otros países, principalmente del ámbito iberoamericano.

En este trabajo se hace un análisis de estas regulaciones con el fin de conocer las diversas opciones existentes y la posibilidad de su establecimiento en nuestro Derecho. Además, se estudian las implicaciones que la competencia notarial tiene respecto de algunas cuestiones de Derecho Sustantivo: la constitucionalidad de la medida, la posibilidad de su implantación cuando haya hijos menores o incapacitados —lo que afecta a la posible competencia del Ministerio Fiscal—, la consideración de la labor notarial como un supuesto de mediación, a la luz de la nueva regulación sobre esta materia; y, en fin, la concurrencia del Notariado y de la abogacía en los procedimientos de divorcio por mutuo acuerdo.

Con todo ello, se pretende formar la opinión final sobre la virtualidad y beneficios que la implantación del divorcio notarial, por mutuo acuerdo, produciría en el Derecho español, tanto por razones de economía procesal y agilización de la Administración de Justicia como por motivos de protección de los derechos e intereses de la ciudadanía.

The need to break through has favoured a series of de lege ferenda proposals aiming to de-judicialize certain kinds of proceedings, especially proceedings to which the adversarial process does not pertain. Proceedings of this type may be classified as belonging to what is termed «voluntary jurisdiction». In this sense, political authorities have proposed vesting notaries with the competence to conduct proceedings in uncontested divorces. The solution is one that has already been introduced in other countries, especially in Latin America.

Notarial divorce regulations are analyzed to ascertain what the various options are and whether or not notarial divorce can be established in Spanish legislation. The implications that notarial competence has with respect to some issues of substantive law are looked into: the constitutionality of the measure, the possibility of employing it when there are underage or incapacitated children involved (cases that might impinge on the public prosecutor's powers), the consideration of the notary's task as one of mediation in the light of the new mediation regulation and the concurrence of notaries and attorneys in uncontested divorce proceedings.

If uncontested divorce via notary were to be introduced, how effective could it be under Spanish law? What benefits would it bring in terms of economizing time and cost of procedure and in terms of the protection of citizens' rights and interests? A final opinion on the matter is offered.

(Trabajo recibido el 12-7-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)