



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Posgrado

MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA(S) Y DERECHO DE LA INFANCIA Y DE LA
ADOLESCENCIA

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS

PROPUESTA PARA DESJUDICIALIZAR EL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO EN CHILE

KATHERINE GISSELA NARANJO RIERA

PROFESOR GUÍA: GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN

Santiago, Chile

Noviembre, 2019

Índice

Introducción	1
1. Antecedentes históricos	4
1.1. Evolución del divorcio	4
1.1.1. <i>Divorcio por repudio</i>	4
1.1.2. <i>Divorcio e Iglesia Católica</i>	6
1.1.3. <i>Divorcio en la legislación francesa</i>	6
1.1.4. <i>Divorcio en la legislación española</i>	7
1.1.5. <i>Divorcio en países latinoamericanos</i>	9
1.2. El Divorcio en el derecho chileno	9
1.2.1. <i>Divorcio por culpa</i>	11
1.2.2. <i>Divorcio por cese efectivo de la convivencia</i>	15
1.2.3. <i>Efectos del divorcio</i>	17
1.2.4. <i>Aspectos procesales</i>	18
1.2.5. <i>Reconocimiento de sentencias de divorcio extranjeras</i>	19
1.2.6. Crítica al sistema de divorcio chileno	20
2. Desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo	23
2.1. Razones que han motivado desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo 23	
2.1.1. <i>Potenciar la autonomía de la voluntad de los cónyuges</i>	25
2.1.2. <i>Reducir conflictos familiares</i>	27
2.1.3. <i>Descongestionar la vía judicial</i>	27
2.2. Atribución de competencia	29
2.2.1. <i>Sistema de divorcio notarial</i>	30
2.2.2. <i>Sistema de divorcio administrativo</i>	31
2.3. Viabilidad del divorcio extrajudicial para los matrimonios con hijos	32
2.3.1. <i>Alternativas</i>	32
2.4. Requisitos formales o procedimentales del divorcio notarial	36
2.4.1. <i>Las convenciones o acuerdos regulatorios</i>	37
2.4.2. <i>Audiencia notarial</i>	39

2.4.3.	<i>Instrumento público en el que consta el divorcio ante notario público</i>	40
2.4.4.	<i>Necesidad o no de intervención del Ministerio Público u otras instituciones de naturaleza análoga</i>	43
2.4.5.	<i>Intervención de abogados</i>	44
2.5.	Críticas al divorcio notarial	46
2.5.1.	<i>Privatización del matrimonio y el divorcio</i>	46
2.5.2.	<i>Afecta la legalidad del divorcio</i>	48
2.5.3.	<i>La onerosidad o gratuidad del servicio</i>	49
2.5.4.	<i>El divorcio judicial ya es ágil</i>	49
3.	Hacia el divorcio notarial	51
3.1.	¿Se puede otorgar al notario chileno la competencia para conocer el divorcio por mutuo acuerdo?	52
3.2.	¿Se debe admitir en Chile el divorcio notarial para matrimonios con hijos?	53
3.3.	Requisitos formales y de procedimiento	55
3.3.1.	<i>Comparecencia de los cónyuges por sí mismos o por representación</i>	55
3.3.2.	<i>Petitorio o solicitud</i>	56
3.3.3.	<i>Documentos que acrediten los hechos narrados en el escrito de solicitud o petición</i>	57
3.3.4.	<i>Acuerdo regulatorio</i>	57
3.3.5.	<i>La extinción y disolución del régimen económico matrimonial</i>	58
3.4.	Audiencia de conciliación	58
3.4.1.	<i>En la audiencia los cónyuges deberán ratificar su voluntad de divorciarse.</i>	59
3.4.2.	<i>De no darse la audiencia</i>	60
3.4.3.	<i>Acta que declarará disuelto el vínculo matrimonial</i>	60
3.5.	Intervención de abogados	61
3.6.	Reconocimiento de actas de divorcios notariales extranjeras	61
	Conclusiones	64
	Bibliografía	67

Introducción

El divorcio, entendido como un acto jurisdiccional por el cual se disuelve el vínculo matrimonial, es uno de los temas más relevantes y controversiales en el derecho de familia.

En Chile se debatió largamente su aprobación. Así, en el año 2004, Chile se transformó en el penúltimo país occidental en permitir el divorcio vincular, con la entrada en vigor de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947.

Desde el principio de la consolidación de las naciones latinoamericanas, la ruptura conyugal estuvo a cargo de un juez, por ser considerado un conflicto que debía evitarse, o, a lo menos, restringirse cuantitativamente. Esto se ve plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 55 de la Ley de Tribunales de Familia, el cual señala que el divorcio es de competencia de los juzgados de familia, y que el procedimiento aplicable es el ordinario.

No obstante lo anterior, en la actualidad son varias las legislaciones latinoamericanas que cuentan con un sistema de divorcio mixto, donde se atribuye la competencia tanto al juez como al notario público para conocer divorcios por mutuo acuerdo. De este modo, Cuba fue el primer país en incorporar a su ordenamiento jurídico el sistema de divorcio notarial en el año 1994, modelo que se expandió progresivamente a Colombia, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia y Nicaragua.

En otras legislaciones, existe también el divorcio administrativo, en el cual la competencia se le atribuye al juez encargado del Registro Civil. El origen de este modelo se remonta al Código Soviético de 1926, y se encuentra hoy vigente en México, Portugal, Italia y en algunos países escandinavos o de la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas¹.

¹ CERDEIRA, Guillermo. *Separaciones y divorcio ante notario*. Madrid, Reus, 2016. p. 48.

Al respecto, se puede apreciar una tendencia en compatibilizar la vía judicial con la extrajudicial, pues en ninguno de los ordenamientos jurídicos mencionados se ha despojado al juez de la competencia para conocer el divorcio por mutuo acuerdo.

Si bien es cierto que cada país ha legislado bajo su impronta, teniendo en cuenta sus propias particularidades, se presentan entre ellos objetivos en común: contribuir a una mayor eficacia en el goce y ejercicio de los derechos de los cónyuges, superar las dificultades de acceso a la justicia, reducir los conflictos familiares y los costos económicos, impactos psicológicos y emocionales ocasionados por el quiebre afectivo, y, además, descongestionar el sistema judicial, racionalizar y redistribuir los recursos humanos, evitando la intromisión de la judicatura en la privacidad familiar.

Cabe mencionar, que el divorcio consensual o por mutuo acuerdo no supone la existencia de *litis*, es decir, no promueve cuestión alguna entre los cónyuges y responde a los esquemas propios de un proceso de jurisdicción voluntaria, por lo que la actuación de un juez, como se verá en profundidad, no sería necesaria, ya que no posee un margen de acción pues simplemente se limita a homologar la voluntad de las partes.

Por otro lado, no está demás señalar que desjudicializar el divorcio no supone en modo alguno una trivialización del matrimonio o la familia, sino por el contrario, busca evitar el desgaste en las relaciones generado por la intervención del juez, pues la idea misma de que un tercero deba resolver los problemas de los cónyuges, ocasiona que éstos se enfrenten y desarrollen una posición adversa. Recurrir a los tribunales desgasta cualquier relación, incluso aparecen conflictos donde no los había, en consecuencia, evitar la sede judicial ayuda a conservar una relación entre las partes. De ahí que resulte innecesario que los interesados tengan que recurrir a un juez para darle un marco legal a la ruptura conyugal cuando no existe litigio alguno que dirimir.

Mediante un estudio de derecho comparado, con especial énfasis en los países iberoamericanos, se analizarán puntos esenciales y parámetros en los que se han sustentado los legisladores para implementar este proceso de divorcio, que en sentido genérico llamamos desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo y, en sentido más

estricto, divorcio notarial. Posteriormente, y para concluir, se propondrán las bases para un sistema de divorcio extrajudicial en Chile.

1. Antecedentes históricos

1.1. Evolución del divorcio

El divorcio, si bien se ha manifestado a lo largo de la historia de diversas formas, conforme la época y la cultura en particular, ha estado presente en casi todos los ordenamientos jurídicos, por lo que es relevante analizar los puntos centrales de su evolución histórica.

1.1.1. Divorcio por repudio

Según Edgar Baqueiro Rojas, el repudio es aquel en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio². Por otro lado, Sabino Ventura Silva expresa que el repudio es un divorcio por voluntad unilateral³.

El divorcio por repudio existió en culturas tan antiguas como la egipcia y la persa, en las cuales la acción de repudio correspondía al marido y sólo excepcionalmente se le concedía igual derecho a la mujer⁴.

En el caso de la antigua Grecia, se cree que en la época Homérica no era aceptada la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, tiempo después, las ciudades estado implementaron el divorcio como una forma de terminar con el vínculo matrimonial.

² BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO, Rosalía. *Derecho de familia y sucesiones*. México, Oxford, 2002. p. 149.

³ VENTURA, Sabino. *Derecho Romano*. 24ª edición. México, Editorial Porrúa, 2017. p. 134.

⁴ VAQUIAX, Edy. *Análisis jurídico sobre el divorcio por causa determinada y necesidad de reformar el inciso 2° del artículo 154 del Código Civil Decreto Ley 106, en cuanto se establezca un tiempo máximo de divorcio a través de juicio ordinario*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007. p. 4.

En aquel entonces, el marido era el único facultado para repudiar a la mujer, y no requería una causa justificada, ni estaba sujeto a formalidades para su procedencia. En caso de concederse el divorcio, la mujer debía regresar a la casa del padre, y los hijos que se hubieren concebido, se quedaban al cuidado del marido⁵.

El repudio fue originariamente en Grecia la única forma que se conocía de divorcio, posteriormente tuvo aplicación el divorcio por mutuo consentimiento, el cual procedía por medio de una declaración de ambos consortes ante el Arconte, pero dicha declaración únicamente funcionaba como medio de prueba y no como requisito básico⁶.

En Roma, por otro lado, el divorcio se admitió desde sus inicios, sin embargo, como en un principio la mujer se encontraba sometida a la autoridad del marido, ésta no tenía la facultad para repudiarlo, y solo el marido podía ejercer ese derecho, acreditando una causa grave⁷.

Con todo, el matrimonio romano clásico no era de carácter transitorio; sino más bien duradero, pero esencialmente disoluble, pues el divorcio podía efectuarse por la *bona gratia*, es decir, por la voluntad de los esposos, no siendo requerida ninguna formalidad, toda vez que el desacuerdo era capaz de disolver lo que el consentimiento había unido⁸.

Adicionalmente, los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritalis*, es decir, la intención de continuar con la vida conyugal como marido y mujer⁹, desaparecía. En consecuencia, cuando la voluntad de convivir honorablemente juntos se ausentaba, era procedente el divorcio.

⁵ BELLUSCIO, Augusto. *Manual de derecho de familia*. 10ª edición. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. p. 14.

⁶ *Ibíd.* p. 15.

⁷ CHÁVEZ, Manuel. *La familia en el derecho: derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 8ª edición. México, Editorial Porrúa, 2007. p. 412.

⁸ *Ibíd.* p. 413.

⁹ AZAR, Edgar. *Personas y bienes en el derecho civil mexicano*, 2ª edición. México, Editorial Porrúa, 1997. p. 229.

1.1.2. *Divorcio e Iglesia Católica*

El derecho canónico no permitía disolver el vínculo matrimonial por ninguna causa, salvo por la muerte de uno de los cónyuges. De esta manera, desde un principio, la posición de la Iglesia Católica fue a favor de la indisolubilidad del matrimonio, tendencia que se consolida en forma definitiva como resultado del concilio de Trento de 1563¹⁰.

Así pues, en el siglo XVI los países católicos no reconocían la disolución del matrimonio, sin embargo, en casos puntuales permitieron el divorcio de cama y mesa, es decir, una separación de hecho, pero sin la posibilidad de contraer un nuevo vínculo.

No obstante lo anterior, durante los cinco primeros siglos de historia del cristianismo, distintos padres de la iglesia consideraron que el divorcio era lícito en ciertos casos, como el adulterio, lo que se confirma por el contenido de los cánones de diversos concilios, por ejemplo, el de Agde, que estima lícito el divorcio por adulterio, previa declaración de culpabilidad de quien hubiere cometido dicho acto¹¹.

1.1.3. *Divorcio en la legislación francesa*

Durante el siglo XVI, Martín Lutero, iniciador del movimiento de reforma o protestantismo, niega la naturaleza sacramental del matrimonio y lo considera como una institución puramente civil y, por lo tanto, de jurisdicción secular¹².

Luego, en el siglo XVII, como medio de justificar la intervención del Estado, aparece la teoría del matrimonio como contrato. De esta forma, el Estado declara que el

¹⁰ ABUNDIS, María Antonia y ORTEGA, Miguel. *Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa*. México, Universidad de Guadalajara, 2010. p. 30.

¹¹ *Ibíd.* p. 62.

¹² CHABOD, Federico. *Escritos sobre el Renacimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1990. p. 687.

matrimonio es un simple contrato y como todo contrato, se puede dejar sin efecto¹³.

Posteriormente, la Asamblea Legislativa francesa abolió la separación de cuerpos y organizó el divorcio mediante Ley de 20 de septiembre de 1792¹⁴. Dicha ley, establecía siete motivos para poder divorciarse, y, de igual forma, admitió el divorcio por consentimiento mutuo, que no requería de resolución judicial por considerarse que al estar los esposos de acuerdo en separarse, era inútil la intervención del tribunal, por lo que el legislador se limitó a exigir la acreditación de cese efectivo de convivencia de los cónyuges, así como también su comparecencia ante una asamblea compuesta de seis parientes o amigos¹⁵.

Los profundos cambios de orden filosófico, político y social que surgieron con la Revolución Francesa, sin duda alguna ejercieron gran influencia en la estructura del divorcio y son la fuente, en términos generales, de los perfiles que todavía hoy en día conservan varios códigos civiles latinoamericanos, por la gran influencia del Código Napoleónico.

1.1.4. Divorcio en la legislación española

La arraigada conciencia católica de la nación española provocó que solamente se regularan los casos de nulidad y la separación de cuerpos conforme al derecho canónico.

Después, con la proclamación de la Segunda República, la Constitución de 9 de diciembre de 1931 implantó el matrimonio civil, estableciendo que podía disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges. Como consecuencia, el 1 de marzo de 1932 se implementa el divorcio vincular¹⁶.

¹³ Ídem.

¹⁴ CHÁVEZ, M. op. cit., p. 417.

¹⁵ Ibíd. p. 418.

¹⁶ ABUNDIS, M. y ORTEGA, M. op. cit. p. 70.

En el año 1939 se derogó la ley de divorcio vincular, prevaleciendo únicamente la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, o en forma temporal por otras causas, sin disolución del vínculo, situación que duró hasta la Constitución de 27 de diciembre de 1978, en virtud de la cual el Estado se reserva la posibilidad de sancionar libremente un determinado sistema matrimonial, implantándose un sistema de matrimonio civil facultativo¹⁷.

En ese contexto, la Ley N° 30, de 7 de julio de 1981, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio¹⁸.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 del Código Civil, el divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y únicamente cuando era evidente que después de un prolongado periodo de separación, su reconciliación ya no era posible. Para ello se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal por más de un año, o de la violación grave y reiterada de los deberes conyugales¹⁹.

Así, considerando la evolución y la manera de concebir las relaciones de pareja en la sociedad española, y en base al mandato contenido en el artículo 32 de la Constitución de 1978, el legislador reguló las causales de separación y disolución del matrimonio y sus efectos, iniciando una profunda reforma en esta materia tendiente a ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo a la facultad de solicitar el divorcio²⁰.

Finalmente, las Cortes Generales aprobaron la Ley N° 15/2005 que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En la mencionada ley, se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la

¹⁷ Constitución española. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 27 de diciembre de 1978.

¹⁸ ABUNDIS, M. y ORTEGA, M. loc. cit.

¹⁹ MORILLAS, Marta. *El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del código civil*. Tesis (Doctorado). Granada, España, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 2008. p. 63.

²⁰ *Ibíd.* p. 202.

previa separación de hecho o judicial, lo que significa un importante ahorro económico tanto para los cónyuges como para el Estado²¹.

1.1.5. Divorcio en países latinoamericanos

Con la colonización, se impuso en Latinoamérica el derecho español. En consecuencia, el matrimonio estaba sometido a las autoridades eclesiásticas, por lo que la única forma admitida para contraer matrimonio era la señalada por la religión católica, regulada conforme a los principios emanados del Concilio de Trento²², que estableció el concepto de matrimonio como contrato monogámico e indisoluble, aceptándose únicamente la separación de cuerpos en caso de adulterio.

Luego de la colonización, y después de las guerras de independencia, los principios de la doctrina liberal logran extenderse a un buen número de países a través de la influencia del Código de Napoleón. De esta manera, el Estado busca rescatar instituciones que la Iglesia Católica había absorbido²³.

Al tiempo que surgía la actividad codificadora, algunos países empezaron a implantar en sus legislaciones el concepto de matrimonio como contrato civil y, como consecuencia, se implementa el divorcio vincular.

1.2. El Divorcio en el derecho chileno

La postura adoptada en Chile en cuanto al divorcio se basa en planteamientos de orden religioso, lo cual se ve reflejado tanto en el Código Civil de 1857, como en la Ley de Matrimonio Civil de 1884.

²¹ ABUNDIS, M. y ORTEGA, M. op. cit. p. 72.

²² *Ibíd.* 61p.

²³ JAKSIC, Iván y POSADA, Eduardo. *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX*. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2011. p. 342.

La Ley de Matrimonio Civil de 1884²⁴, consagraba la figura del divorcio de forma temporal o perpetua, permitiendo que los cónyuges suspendieran algunos de los deberes del matrimonio, como los de cohabitación o fidelidad, en forma transitoria o permanente, dependiendo de las causales que se alegaban en juicio. Como señala el profesor Lepin Molina, se trataba de una institución que no terminaba el vínculo matrimonial²⁵.

En Chile, la discusión sobre el divorcio se prolongó por más de 100 años. El primer proyecto para incluir el divorcio vincular en el Código Civil fue presentado en 1884, lo que desencadenó abundantes y severas críticas dentro y fuera del Congreso y escandalizó a la sociedad conservadora de la época²⁶.

El Parlamento chileno planteó nuevamente la idea de legislar sobre el divorcio vincular en 1914. Desde entonces, se presentaron más de siete proyectos que establecían el divorcio vincular como mecanismo para reglamentar las rupturas matrimoniales. El último fue presentado al Congreso en 1995, el que finalmente fue aprobado y promulgado el 7 de mayo de 2004²⁷.

Con la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, se incorporó el divorcio vincular, por infracción de los deberes del matrimonio o por cese de la convivencia conyugal.

²⁴ ANGUITA, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile: Desde 1810 hasta el 1º de junio de 1913*. Santiago, Imprenta Litografía y Encuadernación Barcelona. Encuadernación Barcelona, 1912-1918. p. 71.

²⁵ LEPIN, Cristián. *Derecho familiar chileno*. Santiago, Thomson Reuters, 2017. p. 282.

²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Ley de Matrimonio Civil número 19.947. [en línea] <http://www.gobiernodechile.cl/matrimonio_civil/pdf/Ley_Matrimonio_Civil.pdf> [consulta: 03 julio 2018].

²⁷ Ídem.

1.2.1. Divorcio por culpa

El divorcio por culpa, también llamado divorcio sanción, es entendido como una pena para el cónyuge culpable de una conducta que lesiona la vida familiar. Para Eduardo Zannoni²⁸, se considera sanción cuando uno de los cónyuges viola las conductas establecidas en la ley, siendo la sanción el rompimiento del vínculo matrimonial a petición del cónyuge inocente, para lo cual la ley establece que las causales específicas serán valoradas por un juez según la prueba aportada.

De este modo, el cónyuge inocente demanda el divorcio por falta imputable al otro, ya sea por una violación grave a los deberes del matrimonio, o a sus deberes para con sus hijos.

El legislador no ha precisado qué se entiende por falta imputable, razón por la cual, acudiendo a las reglas generales de interpretación, especialmente aquellas contenidas en los artículos 20 y 22 del Código Civil, se puede entender, en su sentido natural y obvio, como una conducta que implica ausencia de cumplimiento de un deber u obligación²⁹.

La imputabilidad se estima que corresponde a una atribución de responsabilidad, es decir, presupone la capacidad del cónyuge, de modo que la omisión o ausencia de cumplimiento de un deber u obligación debe materializarse por una voluntad libremente determinada, por lo que se podría excluir en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, o de una enfermedad que implique pérdida de razón o discernimiento, como ocurre con el Alzheimer³⁰.

El inciso primero del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil establece la denominada “cláusula genérica”, que señala los requisitos que permiten a uno de los

²⁸ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª edición. Buenos Aires, Astrea, 2015. p. 13.

²⁹ BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aranzazú. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Santiago, Lexis Nexis, 2004. p. 363.

³⁰ Ídem.

cónyuges alegar cualquier falta imputable respecto de los deberes del matrimonio o los deberes para con los hijos. Dichos requisitos son los siguientes:

1.- Debe tratarse de una falta imputable, es decir, un acto voluntario y culpable de uno de los cónyuges.

2.- La falta debe ser grave y tratarse de una infracción a los deberes u obligaciones que impone el matrimonio entre los cónyuges o de una obligación o deberes para con los hijos.

Al igual que en la separación judicial, la ley no indica cómo debe entenderse el concepto de gravedad de la infracción cometida. No obstante, debiera ligarse al efecto de tornar intolerable la vida en común, lo que significa que el hecho que configura la causal debe provocar la ruptura matrimonial, es decir, si ocurren los hechos y el cónyuge inocente no alega dicha causal, no podrá hacerlo si continúa la convivencia³¹.

El legislador se encargó de ilustrar descriptivamente las conductas que pueden ser constitutivas de culpa. Así, el inciso segundo del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil contiene un catálogo no taxativo de causales:

1.- Atentados contra la vida o malos tratamientos graves a la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.

En este sentido, el profesor Javier Barrientos señala que, en plena coherencia con la tipificación genérica de la causal de divorcio que establece el inciso primero del artículo 54 de la mencionada ley, no se exige la reiteración de los malos tratamientos para que se incurra en causal de divorcio, a diferencia de lo que establecía la Ley de 1884 respecto del divorcio perpetuo o temporal³².

³¹ LEPIN, C. op. cit. 2017. p. 288.

³² BARRIENTOS, Javier. *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*. Santiago, Thomson Reuters, 2011. p. 681.

2.- Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio.

La ley exige dos requisitos copulativos: primero, la gravedad de la conducta que debe entenderse en los mismos términos explicados precedentemente, y, segundo, la reiteración, sin que ello implique un número mínimo de veces; sino más bien una permanencia de la conducta en el tiempo³³.

Por otro lado, los deberes quebrantados deben ser el de convivencia, socorro o fidelidad, que se encuentran establecidos en el artículo 131 del Código Civil.

3.- La condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública o contra las personas Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal³⁴.

La condena por crimen o simple delito se acredita con instrumentos idóneos y objetivos que comúnmente consistirán en las copias autorizadas de la sentencia condenatoria con su respectivo certificado de ejecutoria. Además, se debe acreditar un elemento adicional, que corresponde a que la conducta genere la ruptura de la armonía conyugal, lo cual se puede probar con cualquiera de los medios probatorios que franquea la ley.

Adicionalmente, la referida conducta debe consistir en delitos contra las personas, el orden de las familias o la moralidad pública, como por ejemplo, aborto, abandono de niños y personas desvalidas, suposición de parto, violación, estupro, incesto, homicidio e infanticidio, entre otros. Naturalmente, se requiere sentencia condenatoria ejecutoriada.

³³ ORREGO, Juan Andrés. *Divorcio Sanción en el Derecho Chileno*, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, eventual procedencia de indemnización por daño moral. Apuntes de exposición en Corporación de Asistencia Judicial. Santiago. p. 4.

³⁴ Estas conductas están previstas en el Libro II, Títulos VII y VIII del Código Penal.

4.- La conducta homosexual.

Es procedente señalar que en este caso la ley utiliza el término “conducta”, es decir, prácticas en que se encuentre involucrada la sexualidad del cónyuge, y no la mera orientación homosexual, que, en su caso, podría operar como causal para solicitar la declaración de nulidad del matrimonio si hubiese existido un error que recayera en dicha cualidad personal, de acuerdo con el artículo 8º número 2 de la Ley Nº 19.947³⁵.

Esta causal plantea la problemática respecto a si existe o no discriminación por la orientación sexual de la persona, ya que se trata de una categoría sospechosa³⁶.

5.- El alcoholismo o drogadicción que constituyan un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos.

El alcoholismo se define, según la Organización Mundial de la Salud, como “un trastorno crónico de la conducta caracterizado por la dependencia hacia el alcohol expresado a través de dos síntomas fundamentales, la incapacidad de detenerse en la ingestión de alcohol y la imposibilidad de abstenerse del alcohol”. Mientras que la drogadicción o drogodependencia es “un estado de intoxicación, que puede ser periódica o crónica, causado por el consumo reiterado de una droga”³⁷.

La causal es discutible en lo que respecta a la relación vinculante culpable o dolosa del cónyuge con las circunstancias indicadas por la ley, toda vez que se trata de patologías. Si el marido o mujer abandona al otro, podría ser imputado por infringir el deber de ayuda mutua y socorro en estado de necesidad, por lo que la causal no operaría en base a la culpa o responsabilidad del demandado, sino como un sacrificio en beneficio del cónyuge sano, dado que no es razonable que la ley exija sobrellevar una convivencia

³⁵ BARRIENTOS, Javier. *Código de la Familia*. Santiago, Legal Publishing, Santiago, 2009. p. 75.

³⁶ LEPIN, C. op. cit. 2017. p.292.

³⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Glosario de términos de alcohol y drogas [en línea] <http://www.gobiernodechile.cl/matrimonio_civil/pdf/Ley_Matrimonio_Civil.pdf> [consulta : 03 julio 2018]

que evidentemente no resulta tolerable en el tiempo³⁸.

6.- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

Esta causal supone una infracción al deber de protección recíproco y se trata de hechos de una gravedad tal, que basta la mera tentativa para configurar la causal. Además, como señala el profesor Carlos López Díaz, al intentar prostituir al otro cónyuge se incurre en infracción al deber de respeto, que implica que los cónyuges se den un trato que asegure la dignidad y protección recíproca, que consiste en la protección que un cónyuge debe al otro frente a una eventual agresión de terceros³⁹.

Si bien la tendencia en el derecho comparado es eliminar las causales de divorcio, para el profesor Lepin Molina es necesario mantener aquellas que implican un atentado contra la integridad física o psíquica de las personas, es decir, los malos tratos y atentados contra la vida del otro cónyuge⁴⁰.

1.2.2. *Divorcio por cese efectivo de la convivencia*

El divorcio por cese efectivo de la convivencia se denomina también “divorcio remedio”, ya que se presenta como una solución ante el quiebre matrimonial. Señala Eduardo Zannoni⁴¹ que, desde esta perspectiva, no se requiere la tipificación de conductas culpables al importar el divorcio esencialmente un remedio, una solución al desquicio matrimonial, y no una sanción, tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos.

El artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil indica que el divorcio se puede solicitar en forma unilateral o bilateral. En ambos casos es necesario acreditar un cese efectivo

³⁸ ORREGO, J. op. cit. p. 111.

³⁹ LÓPEZ, Carlos. citado por ORREGO Acuña, op. cit. p. 111.

⁴⁰ LEPIN, C. op. cit. 2017. p. 295.

⁴¹ BOSSERT, G. y ZANNONI, E. op. cit. p. 395.

de la convivencia conyugal, diferenciándose en cuanto al tiempo exigido. En consonancia con lo anterior, señala Omar Barbero⁴², que cada cónyuge tiene la plena libertad de dejar sin efecto el vínculo matrimonial, siendo una extensión del divorcio repudio a favor de cualquiera de los cónyuges.

En el caso del divorcio unilateral, uno de los cónyuges demanda el divorcio, requiriéndose una separación de hecho de al menos tres años, sin que exista una interrupción del plazo. Mientras que, el divorcio bilateral, por su parte, consiste en un divorcio solicitado de común acuerdo por ambos cónyuges, requiriéndose un cese efectivo de la convivencia de al menos un año y acompañar un acuerdo regulador⁴³. En ambos casos, los cónyuges deben probar el cese efectivo de la convivencia matrimonial.

Cabe mencionar que, el profesor Peña manifiesta que el divorcio de común acuerdo en Chile no existe, señalando que, tanto el divorcio unilateral como el bilateral son divorcios por cese efectivo de la convivencia⁴⁴.

La Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció al respecto mediante sentencia de 19 de junio de 2006, que indica lo siguiente: Del tenor de la ley resulta claro que el mutuo acuerdo de los cónyuges no constituye una causal de divorcio, sino sólo una circunstancia que incide en el período de cese de convivencia que será necesario justificar para que pueda ser acogida la demanda.

En el mismo sentido, se pronuncia una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, la cual establece que aun cuando ambos cónyuges soliciten el divorcio de común acuerdo, el juicio tendrá siempre carácter contradictorio, debiendo las partes proporcionar probanzas idóneas, suficientes para formar convicción acerca del cese

⁴² BARBERO, Omar. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977. p. 39.

⁴³ LEPIN, C. op. cit. 2017. p. 300.

⁴⁴ SEMINARIO NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL. (2004, Santiago, Chile). Colegio de Abogados de Chile, 2004. p. 66.

efectivo de la convivencia, sin que su confesión constituya prueba suficiente de esa circunstancia⁴⁵.

El acuerdo de las partes se manifiesta en el ejercicio conjunto de la acción y en la obligación de acompañar un convenio regulador. La Ley de Matrimonio Civil exige que dicho convenio sea completo y suficiente, de manera que los cónyuges regulen todas las materias del contenido mínimo y obligatorio que establece el artículo 21 de la referida ley, calificación que deberá realizar el juez de familia en la sentencia.

1.2.3. Efectos del divorcio

El divorcio produce efectos respecto de las partes y terceros⁴⁶, desde que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, siendo oponible desde la correspondiente subinscripción en el Registro Civil. Dichos efectos son los siguientes:

- a) Pone término al matrimonio, en consecuencia, a las relaciones personales y patrimoniales.
- b) Genera un nuevo estado civil: el de divorciado.
- c) No afecta la filiación determinada de los hijos, ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.
- d) Se revocan las donaciones por causa del matrimonio en los casos de divorcio por culpa.
- e) Se puede solicitar por parte de los cónyuges la desafectación de un bien de su propiedad que esté declarado como bien familiar.

⁴⁵ Escobar con Albornoz (2006): Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de mayo de 2006, en autos rol N°748-2006.

⁴⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Ley de Matrimonio Civil número 19.947. [en línea] <http://www.gobiernodechile.cl/matrimonio_civil/pdf/Ley_Matrimonio_Civil.pdf> [consulta: 03 Julio 2018].

1.2.4. Aspectos procesales

La declaración del divorcio en Chile es de naturaleza judicial, pues no existe posibilidad de recurrir ante un notario o registrador, aun cuando los cónyuges estén completamente de acuerdo sobre la decisión de disolver su vínculo y en todas las restantes cuestiones personales y patrimoniales⁴⁷. Así lo establece el artículo 55 de la Ley de Tribunales de Familia, el cual señala que el divorcio es de competencia de los juzgados de familia, y el procedimiento aplicable es el ordinario.

Los titulares de la acción son los cónyuges, salvo en la situación de divorcio por culpa, en que la acción le corresponde al cónyuge inocente. Dicha acción es personalísima, lo que implica que sea irrenunciable, imprescriptible y que solo pueda ser deducida en vida de los cónyuges.

Una vez iniciado el procedimiento, el juez debe llamar a conciliación a las partes con el objetivo de verificar la disposición de conservar el vínculo matrimonial y regular otras materias de familia, como los alimentos, el cuidado personal y relación directa y regular⁴⁸. Los jueces de familia deben informar a las partes de la existencia de este derecho al momento de proveer la demanda o bien en la audiencia preparatoria, deber que se justifica por la aplicación del principio de protección del cónyuge más débil, establecido en el artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil⁴⁹. Como bien apunta el profesor Álvaro Vidal Olivares, lo que interesa de la norma es la obligación de dar información sobre dicho derecho y no el trámite en que debe darse⁵⁰.

⁴⁷ ACEDO, Ángel. *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Madrid, Editorial Reus, 2009. p. 154.

⁴⁸ Artículo 90. Ley N°19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de mayo de 2004.

⁴⁹ LEPIN, Cristián. La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica. *Revista Ius et Praxis* 18(1): 3-36, 2012. p. 6.

⁵⁰ VIDAL, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXI): 289-321, 2008.

En el caso del divorcio bilateral por cese de la convivencia, las partes pueden ser representadas por un tercero en el llamado a conciliación especial, de conformidad al artículo 68 de la Ley de Matrimonio Civil.

Respecto al ámbito probatorio, en los matrimonios celebrados hasta el 17 de noviembre de 2004, se puede acreditar el cese de la convivencia por cualquier medio de prueba, incluida la prueba testimonial, sin que se apliquen las limitaciones probatorias de los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil, a las que están sujetos los matrimonios celebrados desde el 18 de noviembre de 2004, los cuales deben presentar un acuerdo por escrito en alguno de los instrumentos señalados en el artículo 22 de la mencionada ley para otorgar fecha cierta al cese de la convivencia.

Finalmente, si se rechaza la demanda de divorcio por no acreditarse, en su caso, la causal alegada por las partes, se puede volver a presentar la demanda pero basada en nuevos hechos que permitan configurar una nueva causal⁵¹.

1.2.5. Reconocimiento de sentencias de divorcio extranjeras

La justicia tiene una esencia eminentemente universal y, por ello, el respeto que merece la autoridad de los fallos judiciales no puede considerarse de interés público solamente en el Estado en que fueron emitidos, sino que debe atribuírseles también un interés universal, puesto que desaparecería la seguridad de los derechos si las respectivas sentencias en este terreno no tuvieran autoridad en todas partes⁵².

En Chile, dicho principio se traduce en que las sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas de acuerdo a las reglas que establece el Código de Procedimiento Civil⁵³. En consecuencia, se aplica el artículo 245 del mentado código,

⁵¹ LEPIN, Cristián. *Derecho familiar chileno*. Santiago, Thomson Reuters, 2017. p. 306.

⁵² GUZMÁN, Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. p. 561.

⁵³ Artículo 83. Ley N°19. 947. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de mayo 2004.

que establece como requisitos que las sentencias extranjeras no sean contrarias a las leyes de la República de Chile, que no se opongan a la jurisdicción nacional, que la parte contra la cual se invoca la sentencia haya sido notificada de la acción, y que estén ejecutoriadas de conformidad con las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

Cabe señalar, que no tienen valor en Chile aquellas sentencias que no consten en una resolución judicial, como los divorcios administrativos; tampoco las que contravengan el orden público chileno y las sentencias obtenidas con fraude a la ley⁵⁴.

1.2.6. Crítica al sistema de divorcio chileno

En el último siglo, se produjeron grandes transformaciones socioculturales que impactaron el derecho de familia y permitieron un cambio de paradigma. Así, donde el foco de protección solía ser la institución familiar, ahora es el derecho de la persona a vivir en familia⁵⁵.

En este sentido, claro está que el divorcio no puede tener la misma fisonomía de antaño. No obstante, dado que la legislación chilena aún mantiene su base ideológica, persistiendo la influencia de un pensamiento conservador sobre el divorcio, subsiste la exigencia de demostrar un cese efectivo de la convivencia o una violación grave y reiterada de los deberes conyugales para que haya lugar al divorcio.

En efecto, el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil establece los requisitos que permiten a uno de los cónyuges alegar falta imputable a los deberes del matrimonio, lo que conlleva un proceso adversarial en el que se prueban malos tratos, injurias, adulterio, abandono, etc., mediante estrategias para identificar un culpable de la ruptura matrimonial.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ CULACIATI, Miguel. Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en la Argentina. *Revista IUS* 9(36): 389-417, 2015.

Como manifiesta Grosman, las causales de divorcio no comprenden las motivaciones profundas de la ruptura conyugal; sino que son las consecuencias visibles de aquella y la necesidad de encasillar circunstancias, aprisionándolas en comportamientos específicos⁵⁶.

En la actualidad, la tendencia en el derecho comparado ha sido prescindir de las causales de divorcio y regular un divorcio incausado, dando la posibilidad a los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de expresar la causa de la ruptura, de manera unilateral o bilateral, sobre la base del principio del libre desarrollo de la personalidad.

La posibilidad del divorcio sin falta exime a los cónyuges de la necesidad de hurgar en las culpas, y exime al juez de la necesidad de indagar en la intimidad de los cónyuges⁵⁷. Se evita de esta manera la tarea de determinar y probar la falta, la cual no sólo es subjetiva, difícil e ingrata, sino que, además, incrementa la enemistad entre los cónyuges, perjudicando, asimismo, a los hijos.

Señala el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, que el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor a un año. De igual forma, se puede presentar el divorcio unilateral si se verifica un cese de convivencia de al menos tres años.

La disposición recién transcrita pone en evidencia que el legislador puso una traba a la decisión libre de los cónyuges de terminar con su matrimonio, ya que cuando no existe una causal de las establecidas en el artículo 54 de la mencionada ley, los cónyuges se ven obligados a acreditar estrictamente la fecha cierta de cese de convivencia.

En este sentido, Carlos Peña González ha sido enfático en señalar que la Ley de Matrimonio Civil no contempla el divorcio por mutuo consentimiento, ya que un efectivo

⁵⁶ GROSMAN, Cecilia. *El proceso de divorcio*. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1985. p. 69.

⁵⁷ COX, Loreto. Divorcio en Chile un análisis preliminar tras la nueva ley de Matrimonio Civil. *Estudios Públicos* (123): 95-187, 2011. p. 104.

divorcio de común acuerdo se funda en su paradigma clásico: el derecho francés luego de la ley dictada en 1975, que reformó el Código Civil; tratándose de un divorcio en que ambos cónyuges manifiestan su voluntad de poner término al matrimonio, sin necesidad de acreditar un cese de convivencia⁵⁸.

Lo expuesto permite concluir que en Chile no existe el divorcio de común acuerdo, ya que no basta la sola voluntad de ambos cónyuges para obtenerlo. Su voluntad conjunta no es la que provoca el divorcio, sino el cese efectivo de la convivencia, junto con la declaración judicial.

En cuanto al sistema de divorcio, cabe señalar que es estrictamente judicial, ya que, tanto el divorcio por culpa como el divorcio por cese de la convivencia, son de competencia de los juzgados de familia⁵⁹. Así, los cónyuges no tienen más alternativa que someterse a un juicio complejo y en muchas ocasiones, tardío.

Por tales motivos, es necesario implementar en Chile un sistema alternativo, que ayude a simplificar el proceso de divorcio bilateral o de “común acuerdo”, tomando en consideración que se desarrolla sin contradicción. De esta manera, deben ser los cónyuges quienes tengan la última palabra y decidan a su libre discreción y según sus intereses, ante qué autoridad tramitar su divorcio.

⁵⁸ PEÑA, Carlos. *Acerca de la Ley N°19.947 de Matrimonio Civil*. En: Seminario Academia Judicial de Chile (13 y 14 de octubre de 2004, Santiago, Chile). 2004. p. 60.

⁵⁹ GÓMEZ, Verónica. Divorcio a la chilena: familia, género e ciudadanía no Chile, 1990-2004. *Revista de Sociología e Política* 20(44): 177-195, 2012.

2. Desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo

2.1. Razones que han motivado desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo

Como expresa Carrión García de Parada, al judicializar el divorcio consensual se le está dando un vicio de litigiosidad y conflictividad que no existe⁶⁰, pues el divorcio por mutuo acuerdo es un proceso en el que prevalece la voluntad de los cónyuges, cuyas características fundamentales son precisamente la ausencia de litigio y la inexistencia de conflicto.

En este sentido, llama la atención el proceso de desjudicialización del que ha sido objeto el divorcio por mutuo acuerdo en esta última década, con especial énfasis en los países latinoamericanos. De este modo, cada Estado que ha desjudicializado el divorcio lo ha hecho a partir de sus propias particularidades, tomando en consideración su realidad y el entorno socio jurídico; pero con finalidades en común: evitar la intromisión de la judicatura en la privacidad familiar, descongestionar la función judicial, y, racionalizar y redistribuir los recursos humanos⁶¹.

Procederemos con un breve estudio de derecho comparado, el cual nos permitirá conocer con mayor profundidad las razones que han motivado la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo en otras legislaciones latinoamericanas.

En primer lugar, Cuba es uno de los países pioneros en otorgar matrimonios y divorcios ante notario público, mediante el Decreto de Ley N°154/1994, que atribuye la competencia al notario público. Entre las razones que, según el autor de la norma, fueron

⁶⁰ CARRIÓN, Pedro. Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso. *Revista jurídica del notariado* (34): 31-98, 2000.

⁶¹ PÉREZ, Leonardo. Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (23): 214-262, 2009.

esenciales para esta disposición, están la naturaleza alitigiosa del divorcio por mutuo acuerdo, el alto número de erradicación de divorcios en sede judicial y la necesidad de ofrecer celeridad a los trámites de divorcio, indebidamente dilatados cuando ambos cónyuges están de acuerdo con la disolución del vínculo matrimonial⁶². Otra de las razones que, según el autor de la norma, fueron fundamentales para desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo en Cuba y atribuir la competencia a los notarios, fue la experiencia acumulada por los mismos en el conocimiento de actos de jurisdicción voluntaria, desde 1985, con la promulgación de la Ley de las Notarías Estatales⁶³.

En Brasil, por su parte, la finalidad de la Ley N° 11411/2007 de Servicios Notariales y de Registro, es hacer los procesos de divorcios más ágiles, menos onerosos y descongestionar el poder judicial. Al respecto, la profesora Tania Vainsencher señala que la ley mencionada constituye un gran avance en el derecho brasileño al atender a los anhelos de la comunidad jurídica y de la propia sociedad, desjudicializar el divorcio cuando no hay litigio, superar la dificultad de acceso a la justicia y la demora en la efectiva prestación jurisdiccional⁶⁴.

Por otro lado, en Perú, una de las razones de peso que ha llevado a desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo y atribuir la competencia a la sede notarial, se debe a que el Poder Judicial está recargado de funciones que no le corresponden, como son los asuntos no contenciosos y de jurisdicción voluntaria⁶⁵. Para Cam Carranza, notario peruano, desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo hace más viable la disolución del matrimonio y permite que los cónyuges puedan continuar haciendo una vida normal luego de divorciados⁶⁶.

⁶² Ídem.

⁶³ CUELLAR, Pilar y RODRÍGUEZ, Ismael. Algunas consideraciones y reflexiones sobre la vía actual de tramitación del divorcio por mutuo acuerdo. *Revista Cubana de Derecho*. (2): 44-48, 1991.

⁶⁴ VAINSENER, Tania. El divorcio en el derecho brasileño. En: ACEDO, Á. op. cit. pp. 123-145.

⁶⁵ PÉREZ, L. 2009. loc. cit.

⁶⁶ CAM, Guillermo. *Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal*. En: CAM Carranza, Guillermo, BÉLFOR Zárata del Pino, Juan, PÉREZ Gallardo, Leonardo. El divorcio notarial y la evolución de las instituciones. Lima, Arco Legal editores, 2008. p. 15.

Por su parte, el legislador colombiano ha considerado importante dictar disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado. De ahí la inclusión de los trámites de divorcio ante notario⁶⁷. El artículo 1 de la Ley N°962/2005, señala que tiene por objetivo facilitar las relaciones de los particulares con la administración pública.

De lo expuesto se concluye que son similares las razones que han motivado la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo en los países estudiados. Es así como las leyes buscan dar un mayor protagonismo a los cónyuges en sede de divorcio para que la solución sea acorde a sus intereses, se simplifique el proceso, se obtenga el divorcio con celeridad y se reduzca el costo económico, psicológico y social⁶⁸. Huelga señalar que la política de desjudicialización en materias que ya no representan un conflicto en sí mismo contribuye a una mayor eficacia en el goce y ejercicio de los derechos.

A continuación, se analizarán con mayor detención las principales razones que han llevado a los distintos países a desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo.

2.1.1. Potenciar la autonomía de la voluntad de los cónyuges

En primer lugar, la desjudicialización del divorcio busca que las partes recuperen su rol protagónico en las decisiones que afectan su propia vida. ¿Por qué se requeriría, estando ambos cónyuges de acuerdo en la ruptura, que un tercero interceda y decrete su divorcio?, ¿Por qué un tercero debería entrometerse en lo acordado por dos personas adultas?

⁶⁷ MONTROYA, Guillermo. El divorcio en el derecho colombiano. En: ACEDO, Á. op. cit. pp. 165-185.

⁶⁸ MATTERA, Marta. El juez frente al divorcio: respeto por la autonomía y privacidad de los cónyuges. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (16):16-8, 2000.

Los protagonistas, tanto de la unión como de la ruptura conyugal, son los esposos y no requieren que un tercero imparcial medie entre ellos. Cuando dos adultos tomaron la decisión de separarse, lo que menos necesitan es alguien que se los impida o intente reconciliarlos en nombre del Estado⁶⁹. Lo que necesitan es alguien que se limite a registrar que el destino conjunto que alguna vez imaginaron ya no existe.

2.1.1.1. *El divorcio por mutuo acuerdo es un acto de jurisdicción voluntaria*

La noción de *iurisdictio voluntaria* pasó desde la Compilación Justiniana a los textos medievales, utilizándose esta expresión en los inicios del medievo para designar la competencia del magistrado auxiliado por el notario⁷⁰.

La jurisdicción voluntaria se caracteriza porque no existe conflicto, es decir, hay acuerdo de voluntades entre los involucrados⁷¹, y se ejerce siempre a solicitud o por consentimiento de las dos partes.

Varios tratadistas y estudiosos del Derecho han propuesto que la jurisdicción voluntaria tenga sede en el Derecho Notarial y/o Registral, ya que la jurisdicción de éstos se limita a asuntos no contenciosos, y de esta manera se releve a los jueces de tareas que no tienen que ver primordialmente con la función judicial, que es la de conocer y resolver una determinada controversia⁷².

El divorcio por mutuo consentimiento es regulado, en algunos ordenamientos jurídicos, como un acto de jurisdicción voluntaria. Es el caso de España, en que la Ley N°15/2015 reconoce al divorcio de mutuo acuerdo como un acto de jurisdicción voluntaria y lo regula, en caso de no existir hijos menores de edad, fuera del ámbito

⁶⁹ CULACIATI, M. loc. cit.

⁷⁰ CERDEIRA, Guillermo. El divorcio notarial que viene a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso). *Quaderni di Conciliazione* (2): 211-244, 2011.

⁷¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edición. Buenos Aires, Depalma, 1958. p. 44.

⁷² SILVA, Pedro. La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa (voluntaria) en Puerto Rico. *Revista Colegio de Abogados de Puerto Rico* (53): 4-114, 1992.

judicial, atribuyendo al secretario judicial y al notario las funciones que anteriormente correspondían al juez.

2.1.2. Reducir conflictos familiares

Cabe señalar que, en todos los países que han desjudicializado el divorcio por mutuo acuerdo, ello ha obedecido a una exigencia de ahorro en tiempo y en costos, no sólo económicos, sino también psicológicos y sociales; ya que al desjudicializar el divorcio se ha observado una reducción de conflictos familiares ocasionados por el quiebre afectivo, sin añadir los propios del proceso judicial, lo que, además, contribuye a cimentar la relación en la etapa post divorcio⁷³.

Adicionalmente, Carrión García de Parada manifiesta que cuando los cónyuges tienen mayor protagonismo en el proceso de divorcio, este se simplifica, se logra mayor predisposición al cumplimiento de los acuerdos o convenciones, por lo que se mantiene una relación más estable y armónica entre ellos y sus hijos⁷⁴. Lo anterior, debido a que este sistema de divorcio fomenta la comunicación y el dialogo entre los cónyuges y contribuye a desterrar la idea de querer mostrarle al juez lo que un cónyuge le hizo al otro en orden a que una sentencia lo declare culpable.

2.1.3. Descongestionar la vía judicial

Es pertinente preguntarse, ¿por qué el divorcio es judicial?

Desde los albores de la consolidación de las naciones latinoamericanas, el análisis de la ruptura conyugal estuvo a cargo de un juez, porque era considerado un conflicto que debía evitarse o por lo menos restringirse cuantitativamente. Sólo un juez podía

⁷³ CULACIATI, M. loc. cit.

⁷⁴ CARRIÓN, P. loc. cit.

evaluar que las causas alegadas fueran tan graves como para terminar con una familia legítima y sancionar al culpable⁷⁵. Ello, en aplicación de la noción del divorcio sanción, proveniente del derecho canónico, que conllevaba la existencia de un litigio, en el cual debía intervenir un juez.

Como señala Pérez Gallardo, la judicialización del divorcio obedece a razones históricas, provenientes de la época de Justiniano, en que se mezclan jurisdicción y administración, siendo ambas encomendadas a los jueces⁷⁶.

Hoy en día, dichas razones han perdido vigencia, siendo varias las sociedades que cuentan actualmente con otras opciones viables para la efectividad de los derechos privados, otorgándole la competencia a otros órganos públicos⁷⁷.

El jurista español Fernández de Buján señala que es necesario descargar a los jueces de aquellas competencias que le han sido atribuidas por razones de mera tradición. Se trataría, no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino de sistematizar y redistribuir competencias, en aras de la racionalización del sistema⁷⁸. Así, la descongestión no solo es una descarga de trabajo para los jueces, sino que representa una racionalización de los recursos humanos y materiales.

En base a lo señalado, la Ley de Jurisdicción Voluntaria española⁷⁹ ha separado determinados asuntos del ámbito jurisdiccional y le ha entregado la competencia a notarios y registradores, para descongestionar el tráfico jurídico.

⁷⁵ CULACIATI, M. loc. cit.

⁷⁶ PÉREZ, Leonardo. El divorcio por mutuo acuerdo en el derecho cubano: mitos y tabúes. *Revista de derecho privado* 91(1): 65-104. 2007.

⁷⁷ Ley N°15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. Agencia estatal boletín oficial. Gobierno de España, Madrid, España, 2 de julio de 2015.

⁷⁸ FERNÁNDEZ de Buján, Antonio. *La jurisdicción voluntaria*. Madrid, Civitas, 2001. p. 188.

⁷⁹ Ley N°15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. loc. cit.

En síntesis, de lo que se trata es de buscar un equilibrio, noción medular de todo sistema, lo cual exige aceptar otros instrumentos que ayuden a descongestionar la judicatura y a garantizar celeridad en los procesos no contenciosos⁸⁰.

2.2. Atribución de competencia

La tendencia ha sido compatibilizar la vía judicial y la extrajudicial, pues ningún ordenamiento jurídico que ha redistribuido competencias ha despojado al poder judicial de la competencia para conocer el divorcio por mutuo acuerdo⁸¹. En otras palabras, lo que busca el proceso de desjudicialización es una alternativa a la vía judicial, mas no su reemplazo.

Por ejemplo, la ley brasileña permite expresamente, en el artículo 2 de la resolución N° 35/2007, que los interesados tengan la opción de solicitar el divorcio consensual por vía judicial o extrajudicial.

Del mismo modo, la ley peruana señala que la competencia la tienen los jueces, el notario y las municipalidades. En efecto, cabe la disolución del vínculo matrimonial ante el alcalde, lo que sin embargo ha sido criticado por algunos autores de esa nación, quienes han manifestado que el alcalde no es necesariamente un profesional del derecho versado en esa materia, y que, por lo tanto, no es capaz de atender relaciones privadas de parejas desavenidas⁸².

⁸⁰ CULACIATI, M. loc. cit.

⁸¹ PÉREZ, L. 2009. loc. cit.

⁸² DZIDO, Rosa. *Incidencia de la separación convencional y divorcio ulterior en sede municipal y notarial, en el número de procesos similares tramitados en sede judicial*. Tesis (Maestría en derecho con mención en derecho civil y empresarial). Trujillo, Perú, Universidad Privada Antenor Orrego, Escuela de posgrado, 2016. p. 4.

En el caso de México⁸³ y Portugal, la competencia para conocer el divorcio por mutuo acuerdo, además de los jueces ordinarios, la tienen los jueces encargados del registro civil o los conservadores del estado civil.

En todos los casos señalados, la finalidad ha sido buscar vías más expeditas, que ofrezcan cierta celeridad frente a la función homologadora que compete al juez en un proceso de jurisdicción voluntaria, que puede ser asumida por el notario, los jueces encargados del registro o los alcaldes. Se trata de una libertad de opción que permite a los interesados, además, tener en cuenta el costo de cada alternativa a la hora de decidir⁸⁴.

2.2.1. Sistema de divorcio notarial

El Notariado es la institución en que las leyes depositan la fe pública, para garantía, seguridad y perpetua constancia de los contratos y disposiciones entre vivos y por causa de muerte⁸⁵. La finalidad relativa a la fe pública del notario es un poder público revestido de autoridad para imponerse y ser respetado *erga omnes* en el ejercicio de sus funciones⁸⁶.

Atribuirle la competencia al notario para conocer divorcios por mutuo acuerdo, en países iberoamericanos, obedece a la conformación de la profesión notarial según los parámetros del notario latino, pues sus funciones superan largamente las tareas de un mero legalizador de documentos, al realizar además juicios de capacidad y legalidad⁸⁷.

⁸³ Código Civil Federal de México. Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, México, 28 de enero de 2010.

⁸⁴ GARCÍA, José y DÍAZ, Paula. *Separaciones y divorcios ante notario*. Madrid, Reus, 2016. p. 24.

⁸⁵ Ley N° 1526 Del Notariado. La Gaceta N°17, Managua, Nicaragua, 10 de septiembre de 1990.

⁸⁶ ÁLVAREZ, Luis. Extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones notariales y responsabilidad civil del notario por su incumplimiento. *Revista chilena de derecho privado*. (25): 77-114, 2015.

⁸⁷ CULACIATI, M. loc. cit.

En Latinoamérica, varias legislaciones le han atribuido la competencia en el divorcio por mutuo acuerdo al notario. Es el caso de Cuba, Colombia, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia y Nicaragua, en que el divorcio es llevado a cabo ante notario público, y la escritura pública reemplaza a la sentencia⁸⁸.

Se ha dicho que el notario intervendría en el divorcio como creador del nuevo derecho preventivo, controlando la legalidad de los acuerdos sin contradicciones ni lesión de los intereses de los hijos ni de los cónyuges, de modo que la escritura pública de divorcio esté apta para el tráfico jurídico, garantizando la debida publicidad del acto, sin el costo personal y patrimonial de un largo y tortuoso proceso de divorcio en sede judicial⁸⁹.

El prestigio adquirido a lo largo de los años por los notarios entre los ciudadanos en los señalados países, sería un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, en tanto que son protagonistas principales del sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica. En efecto, muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas, que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciar adecuadamente⁹⁰. No cabe duda de que es un proceso gradual y progresivo que tiene como finalidad descongestionar una justicia tardía.

2.2.2. Sistema de divorcio administrativo

En el divorcio administrativo, la competencia se le atribuye al juez encargado del registro. Este sistema de divorcio existió incluso desde antes que el divorcio notarial, pues su origen radica en el Código de familia soviético de 1926, y hoy está vigente en

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ PÉREZ, L. 2007. loc. cit.

⁹⁰ Preámbulo de la Ley N°15 De Jurisdicción voluntaria. Agencia estatal boletín oficial. Gobierno de España, Madrid, España, 2 de julio de 2015.

México, Portugal, Italia, Estonia y en algunos países escandinavos⁹¹.

Algunos estados de México han adoptado un sistema de divorcio administrativo. Al efecto, el Código Civil Federal exige que haya transcurrido un año o más desde la celebración del matrimonio, que ambos cónyuges convengan en divorciarse, que sean mayores de edad, que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes (si están casados bajo ese régimen patrimonial), que la cónyuge no esté embarazada, y, que no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad y éstos no requieran alimentos⁹².

En Portugal, se implementó en 1995, por Decreto de Ley N°131/15, el divorcio de mutuo acuerdo ante la Oficina de Registro Civil⁹³. Éste consiste en que el conservador del Registro Civil, aunque no sea un órgano judicial, decreta el divorcio, y su decisión produce los mismos efectos que las sentencias judiciales sobre idéntica materia. Procede cuando los cónyuges lo solicitan de común acuerdo y presentan un convenio regulador en cual debe constar el ejercicio de la patria potestad y los alimentos en relación a los hijos.

2.3. Viabilidad del divorcio extrajudicial para los matrimonios con hijos

2.3.1. Alternativas

El tema más polémico que suscita al divorcio extrajudicial concierne a su viabilidad frente a la existencia de hijos menores de edad o hijos mayores judicialmente incapacitados⁹⁴.

⁹¹ CERDEIRA, G. 2016. op. cit. p. 48.

⁹² Código Civil Federal de México. Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, México, 28 de enero de 2010.

⁹³ DUTOIT, Bernard. *Le divorce en droit comparé*. vol. 1. Ginebra, Librairie Droz, 2000. p. 13.

⁹⁴ MORENO, María Luisa. La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho. *Revista para el Análisis del Derecho* (4): 1-38, 2015.

Al respecto, suelen adoptarse dos soluciones alternativas:

1. Procede el divorcio extrajudicial exclusivamente para los matrimonios que no tengan hijos menores de edad o judicialmente incapaces. Este es el mecanismo aplicado en Perú, Ecuador, Brasil, Bolivia y México. En estos países, ante la existencia de hijos, los cónyuges solo pueden acceder al divorcio en sede judicial.

2. Procede también el divorcio extrajudicial en los matrimonios con hijos menores de edad o judicialmente incapaces, como en Cuba, Colombia y Portugal, donde se requiere el dictamen u opinión del Ministerio Fiscal, Defensor de Familia o Ministerio Público, respectivamente, al efecto de asegurar los derechos de dichas personas⁹⁵.

La profesora Olga Mesa Castillo, ha expuesto que la naturaleza de *ius cogens*, propia del derecho de familia, está presente en buena parte de supuestos, en el divorcio notarial, si bien tiene una discutible expresión en la institución de la patria potestad⁹⁶, razón por la cual es férrea oponente del divorcio notarial cuando existen hijos menores de edad.

En la mayoría de las legislaciones latinoamericanas estudiadas, el notario conoce el divorcio consensuado, siempre y cuando no existan hijos menores o judicialmente incapacitados, hecho que además deberá ser acreditado por declaración jurada de los propios cónyuges.

En el caso de Ecuador, tras la reforma introducida por la Ley N°62/2006, se exige una declaración juramentada, junto al petitorio de divorcio, de la inexistencia de hijos menores de edad o judicialmente incapaces⁹⁷.

⁹⁵ CERDEIRA, G. 2016. loc. cit.

⁹⁶ MESA, Olga. El divorcio: otro ángulo de análisis. *Revista Cubana de Derecho* (38), 1989, p. 107.

⁹⁷ DÁVILA, César. *Manual de derecho notarial*. Tomo I. Santo Domingo, Ediciones Trajano Potentini, 2007.

De la misma manera, la legislación brasileña exige que las partes declaren al momento de solicitar el divorcio consensual la inexistencia de hijos menores de edad o mayores judicialmente declarados incapacitados.

Algo similar ocurre en Bolivia, en que el divorcio notarial procede solo cuando no existen hijos de ambos cónyuges, lo que deberá constar en declaración juramentada⁹⁸.

El caso peruano es particular, ya que la ley establece como requisito para acceder al divorcio ante notario o municipio el no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, pero si existe un previo pronunciamiento judicial respecto de los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas, igualmente los cónyuges podrán acceder al sistema de divorcio extrajudicial⁹⁹.

Sólo Cuba y Colombia atribuyen competencia al notario cuando existen hijos menores de edad o mayores incapacitados judicialmente. Al respecto, el profesor Pérez Gallardo manifiesta que, partiendo de la experiencia cubana, no existe obstáculo alguno que impida atribuirle al notario el conocimiento del divorcio, aun cuando existan hijos menores de edad o mayores judicialmente incapacitados¹⁰⁰. Además, señala que durante el tiempo que se viene conociendo del divorcio notarial en Cuba no hay ni un solo caso impugnado de una escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo por resultar inequitativas las convenciones aprobadas por el notario. En efecto, Cerdeira Bravo de Mansilla expresa que, para una efectiva descongestión de los tribunales, el divorcio debiera ser atribuido al notario aun habiendo hijos menores de edad¹⁰¹.

En todo caso, en Cuba, cuando las convenciones propuestas por los cónyuges en el escrito de solicitud sean lesivas de los intereses de los menores de edad, el notario concede la intervención fiscal en la tramitación del divorcio. Este traslado del notario al

⁹⁸ Ley N°483 del notario plurinacional. Asamblea legislativa plurinacional, La Paz, Bolivia, 24 de enero de 2014.

⁹⁹ Ley N°29227 que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias. Congreso de la República, Lima, Perú, 17 de mayo de 2008.

¹⁰⁰ PÉREZ, L. 2007. loc. cit.

¹⁰¹ CERDEIRA, G. 2016. loc. cit.

fiscal es discrecional, operando si el notario considera, bajo su experiencia profesional, la lógica y el sentido común que la convención propuesta es contraria a lo consagrado en el Código de Familia y la Convención de los Derechos del Niño¹⁰².

Algo similar ocurre en la legislación colombiana, cuya ley exige que, siempre que existan menores de edad habidos del matrimonio a disolver, se notifique al defensor de familia los acuerdos a los que lleguen los cónyuges, para que verifique si son o no favorables para el niño(a), resultando este trámite preceptivo para el notario, sin excepción alguna¹⁰³.

Por otro lado, en México y Portugal, la competencia en el divorcio por mutuo acuerdo la tiene el juez encargado del Registro Civil. En México, el divorcio administrativo procede cuando no existen hijos en común o, teniéndolos los cónyuges, sean mayores de edad y no requieran alimentos¹⁰⁴. Por su parte, el Código Civil original de Portugal determinaba que la existencia de hijos no impedía el acceso a la sede administrativa, pero exigía que todas las cuestiones inherentes a los hijos debían ser previamente resueltas en sede judicial¹⁰⁵. La Ley N°61/2008 modificó el Código Civil y adoptó finalmente solución idéntica a la colombiana.

De lo señalado, se puede concluir que la mayoría de los países no admite el divorcio extrajudicial cuando existen hijos menores o incapaces, esto, toda vez que se requiere una protección especial en favor de dichas personas. Si bien la intervención del defensor de menores de edad, como en el caso de Colombia, evita que de lo propuesto en el convenio regulador se derive un perjuicio para los hijos, no se considera el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en la decisión de un conflicto que lo involucra directamente.

¹⁰² PÉREZ, L. loc. cit.

¹⁰³ Decreto Ley N°4436 por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley N°962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes. Diario oficial, Bogotá, Colombia, 28 de noviembre de 2005.

¹⁰⁴ Código Civil Federal de México. Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, México, 28 de enero de 2010.

¹⁰⁵ CERDEIRA, G. op. cit. p. 80.

Se podría concluir que, la postura más adecuada, por ser capaz de conciliar ambos intereses, es la adoptada por la legislación peruana, ya que permite la sustanciación del divorcio consensual en sede extrajudicial incluso a las parejas que tienen hijos menores de edad o incapaces cuando ha operado previamente, en su caso, la intervención de los tribunales.

2.4. Requisitos formales o procedimentales del divorcio notarial

El escrito de solicitud o petitorio en el cual los cónyuges solicitan el divorcio, se exige en la mayoría de las legislaciones, además de la identificación de los cónyuges, los documentos acreditativos de la existencia del matrimonio y de los hijos, para el caso de Cuba y Colombia en los que tal particular no es motivo de abstención¹⁰⁶.

Dicho escrito de solicitud o petitorio, deberá contener la rogatoria notarial, que consiste en una especie de instructivo en el cual los cónyuges solicitan la separación convencional o el divorcio, según corresponda y conforme con la legislación de cada país¹⁰⁷.

A pesar de ser un procedimiento sencillo, cada ordenamiento le ha impuesto pautas de naturaleza formal. Así, no hay uniformidad sobre la necesidad de separación conyugal antes de proceder a la disolución del matrimonio y de que el notario apruebe tal particular¹⁰⁸.

¹⁰⁶ MEJÍA, Héctor. *Competencia del Notario Público en el divorcio por mutuo consentimiento frente a la Legislación Ecuatoriana*. Tesis (previa a la obtención del título de abogado). Quito, Ecuador, Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, 2014.

¹⁰⁷ CERDEIRA, G. 2011. loc. cit.

¹⁰⁸ LÓPEZ, Elena. *Matrimonio y divorcio ante notario, en el marco de la ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria*. Trabajo fin de grado (grado en Derecho). Santander, España, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 2017.

En el caso de Cuba¹⁰⁹, Colombia¹¹⁰ y Ecuador¹¹¹, es posible solicitar el divorcio sin necesidad de acreditar tiempo de vigencia del matrimonio, ni de promover separación convencional.

El Código Civil para el Distrito Federal de México, por su parte, establece el plazo de un año después de la celebración del matrimonio para acceder al divorcio, pero no habla de una separación de cuerpos o un cese de convivencia previo.

En el resto de los países, tales asuntos toman relevancia. Así, la legislación brasileña exige el plazo de un año desde que se haya decretado por vía judicial o aprobado por vía notarial la separación de cuerpos, para la conversión en divorcio, a lo que se llama divorcio indirecto, pero también admite el de naturaleza directa¹¹², que no depende de una previa separación judicial, pero si de una conyugal para ser decretado. Algo similar ocurre en la legislación peruana, en que la Ley N°29227/2008 exige el cumplimiento de determinados plazos para solicitar la separación convencional, sin la posibilidad de un divorcio directo como el que franquea la legislación brasilera.

2.4.1. Las convenciones o acuerdos regulatorios

En el divorcio notarial, los acuerdos o convenciones a los cuales arriban los cónyuges han de ser aprobados por el notario, en estricto control de legalidad, antes de autorizar la escritura en la cual quedaría establecido el divorcio¹¹³.

¹⁰⁹ Decreto Ley N°154 del divorcio notarial. Consejo de estado de la República de Cuba, Habana, Cuba, 6 de septiembre de 1994.

¹¹⁰ Decreto Ley N°4436 por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley N°962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes. Diario oficial, Bogotá, Colombia, 28 de noviembre de 2005.

¹¹¹ Ley N°62 Reforma ley notarial. Consejo de la judicatura, Quito, Ecuador, 28 de noviembre de 2006. (art. 18, ordinal 22).

¹¹² Merece la atención en este sentido lo previsto en el art. 52 de la Resolución N° 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia del Brasil que permite tramitar ante notario el divorcio directo, pero para ello se debe acreditar, a través de la partida de matrimonio, la existencia de éste por más de dos años y el cumplimiento de dos años de separación conyugal.

¹¹³ ACEDO, A. op. cit. p. 264.

Existe uniformidad en las legislaciones estudiadas sobre el contenido del acuerdo regulatorio, en cuanto debe referirse a diversas materias de carácter personal y patrimonial.

En caso de que los cónyuges formalicen el acuerdo ante notario, y éste considere que puede ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, advertirá a los otorgantes y dará por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador¹¹⁴.

En el caso de Cuba y Colombia, el régimen convencional se hace más estricto, ya que, como se admite el divorcio notarial aun cuando existen hijos menores de edad o judicialmente incapacitados, el acuerdo en tal caso versará sobre el régimen de ejercicio de la patria potestad, el régimen de comunicación directa y regular y la pensión alimenticia para los cónyuges y los hijos. Así lo señala el artículo 2 inciso c) del Decreto Ley colombiano, y el artículo 9 incisos b), c), ch) y d) del Decreto Ley cubano.

Cabe señalar que, el notario debe sopesar las convenciones propuestas, siempre poniendo a salvo los intereses de los menores de edad. Por esta razón, el profesor Pérez Gallardo manifiesta que lo más adecuado es que el notario indague respecto de cada uno de los cónyuges acerca del sentido de las convenciones, con especial énfasis en las relaciones parentofiliales, debiendo abstenerse, ante la más mínima inquietud, de autorizar el divorcio¹¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, el jurista cubano Ordelin Font, señala que durante todo el tiempo en que se viene conociendo el divorcio notarial en Cuba, no hay un solo caso de impugnación de escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo por resultar inequitativas las convenciones aprobadas por el notario¹¹⁶, adecuándose en todo caso las

¹¹⁴ VELA, María del Carmen y BUSTILLO, Luis. Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio. En: CERDEIRA, G. 2016. op. cit. p. 160.

¹¹⁵ PÉREZ, L. 2007. loc. cit.

¹¹⁶ ORDELIN, Jorge. Dos décadas de divorcio notarial en Cuba: ¿hacia dónde vamos? *Anuario iberoamericano de derecho notarial*, (4-5): 16-42, 2016.

convenciones propuestas a las disposiciones legales, siempre a favor del interés superior del niño(a).

En los demás ordenamientos, los acuerdos o convenciones se limitan a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes y al régimen de alimentos entre los cónyuges, como en el caso de Brasil¹¹⁷.

Indudablemente, el notario debe tener claro que el divorcio no es la resolución de un contrato. Así, no se trata de reajustar el equilibrio económico entre partes contratantes, sino el equilibrio emocional muchas veces desajustado tras la ruptura de una familia nuclear, cuyo valor es inestimable.

Se trata, en definitiva, de declaraciones de voluntad contenidas en un acuerdo conyugal que tiene por fin instrumentar el divorcio.

2.4.2. Audiencia notarial

En la llamada audiencia notarial han de estar presentes los divorciantes o sus apoderados y el notario público, quien es el encargado de dirigir la audiencia y lograr que haya pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto que protagonizan, que las manifestaciones de voluntad vertidas ante él sean transparentes, adecuadas y conformes con el ordenamiento legal¹¹⁸.

Algunos de los ordenamientos jurídicos que han adoptado el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, han previsto y regulado una audiencia, mientras que otros no la regulan expresamente, lo cual no implica necesariamente que no exista¹¹⁹.

¹¹⁷ Resolución N°35/2007. Consejo Nacional de Justicia del Brasil, Brasil, 24 de abril de 2007.

¹¹⁸ GATTARI, Carlos. *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires, Depalma, 1988.

¹¹⁹ PÉREZ, L. 2007. loc. cit.

En Ecuador, por ejemplo, para iniciar el divorcio ante notario público, los cónyuges deben presentar su petitorio, reconocer su firma y rúbrica para que el notario fije fecha y hora en la que se llevara a cabo la audiencia en la que los cónyuges deberán ratificar su voluntad de divorciarse, dentro de un plazo de treinta días¹²⁰.

Por otro lado, en Perú el notario califica los documentos adjuntados a la solicitud o petitorio de divorcio y convoca a los cónyuges a una audiencia única en el plazo de quince días¹²¹.

La legislación boliviana, en cambio, no regula una audiencia como tal, pero establece que las partes después de presentar el petitorio de divorcio deben volver a la notaría a ratificar su decisión de divorciarse, y para ello deben esperar por lo menos tres meses¹²².

Por su parte, el ordenamiento jurídico cubano autoriza la escritura de divorcio el mismo día en el que se presenta el escrito de solicitud, dado que las regulaciones legales nada exigen sobre plazos para convocar audiencias¹²³. Lo mismo sucede en Colombia, en donde tampoco se establece la necesidad de una audiencia.

2.4.3. *Instrumento público en el que consta el divorcio ante notario público*

Cierto es que el divorcio por mutuo acuerdo, no es más que la convergencia de declaraciones negócias de voluntad de los cónyuges destinadas a poner fin al vínculo matrimonial con los efectos jurídicos que ello conlleva¹²⁴. En este sentido, la doctrina

¹²⁰ Ley N°62 Reforma ley notarial. Consejo de la judicatura, Quito, Ecuador, 28 de noviembre de 2006.

¹²¹ Ley N°29227 que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías. Congreso de la República, Lima, Perú, 17 de mayo de 2008. (Art. 6, párrafo primero).

¹²² Ley N°483 del notario plurinacional. Asamblea legislativa plurinacional, La Paz, Bolivia, 24 de enero de 2014.

¹²³ Decreto Ley N°154 del divorcio notarial. Consejo de estado de la República de Cuba, Habana, Cuba, 6 de septiembre de 1994.

¹²⁴ GIMÉNEZ, Enrique. *Introducción al derecho notarial*. Madrid, Reus, 1944. p. 249.

dominante sostiene el criterio de que la escritura pública es el reservorio de cualquier manifestación de voluntad de caracteres negociables.

En el caso de la ley peruana, ésta establece que el divorcio constará en un acta, si es ante notario y por resolución si se tramita ante municipalidad. Del mismo modo, la ley ecuatoriana reconoce que el divorcio ha de constar en acta notarial que declara disuelto el vínculo matrimonial. Por la inversa, las leyes en Cuba, Colombia y Brasil establecen que el matrimonio será disuelto mediante escritura pública.

Con respecto a lo anterior, Núñez Lagos manifiesta que no existe otro instrumento notarial que la escritura pública y que las actas no proceden en este sentido, pues en aquellas el notario se limita a hacer constar lo que ve o escucha sin alterarlo, lo que no ocurre en sede de divorcio por mutuo acuerdo, en la que los cónyuges necesitan la validación u homologación de su declaración de voluntad negocial de poner fin al matrimonio¹²⁵.

Dicho de otro modo, la facultad de dar por válido el convenio o acuerdo regulador le corresponde al notario, y éste no se mantiene como un ente pasivo que levanta un acta del hecho que ha presenciado, sino que actúa esculpiendo dicho acuerdo¹²⁶.

2.4.3.1. *Inscripción registral del divorcio ante notario*

En términos generales, podemos decir que, en las legislaciones estudiadas, el documento público en el que se instrumenta el divorcio por mutuo acuerdo, debe inscribirse en los Registros Civiles correspondientes. Sin embargo, cada legislación ofrece sus peculiaridades, que pasaremos a analizar.

¹²⁵ NÚÑEZ, Rafael. *Estudios de derecho notarial*. Madrid, Instituto de España, 1986. p.325.

¹²⁶ PÉREZ, L. 2009. loc. cit.

En Perú, sea el notario o el alcalde quien conoce el divorcio, la respectiva autoridad dispone de oficio la inscripción en el Registro Civil correspondiente¹²⁷.

En Colombia, la legislación es más explícita en este sentido, pues establece que una vez inscrita la escritura de divorcio en el Libro de Registro de Varios, el notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil¹²⁸.

En Brasil, por su parte, le corresponde a los excónyuges la presentación de la copia de la escritura pública ante el Oficial de Registro Civil; pues si bien el notario no lo hace de oficio, señala en dicha escritura, la advertencia legal de que las partes fueron orientadas sobre la necesidad de que la copia de la escritura pública sea presentada en el Registro Civil en que obra el asiento de inscripción del matrimonio¹²⁹.

Por otro lado, en Ecuador, el notario, tras autorizar el acta en el que declara disuelto el vínculo matrimonial, una vez llevada a protocolo, hará entrega de copias certificadas a las partes y oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva¹³⁰. La finalidad es la anotación marginal en la partida de matrimonio, donde conste la disolución del vínculo matrimonial¹³¹.

Las soluciones apuntadas van en el sentido de afirmar que la intervención notarial se circunscribe a la intervención no contenciosa, pues si surgieran diferencias o un litigio entre los cónyuges o un tercero afectado, tanto por el matrimonio como por el divorcio, la intervención notarial dejará de estar presente.¹³²

¹²⁷ Ley N°29227 que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias. Congreso de la República, Lima, Perú, 17 de mayo de 2008.

¹²⁸ Decreto Ley N°4436 por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes. Diario oficial, Bogotá, Colombia, 28 de noviembre de 2005.

¹²⁹ Resolución N°35/2007. Consejo Nacional de Justicia del Brasil, Brasil, 24 de abril de 2007.

¹³⁰ Ley N°62 Reforma ley notarial. Consejo de la judicatura, Quito, Ecuador, 28 de noviembre de 2006.

¹³¹ SALAZAR, Mercedes. *Perú y el divorcio notarial* (inédito), pp. 9-10.

¹³² SANTOS, Rubén. La reforma del Estado y el matrimonio, el divorcio y la declaración de concubinato en sede notarial. Su eficacia internacional. *Revista de la asociación de escribanos de Uruguay* 97(1-6): 163-184, 2011.

2.4.4. Necesidad o no de intervención del Ministerio Público u otras instituciones de naturaleza análoga

¿Es necesaria la intervención de un representante del interés público, familiar o de menores? Si en el divorcio no hay menores de edad o mayores de edad judicialmente incapacitados, la respuesta mayoritaria sería no.

En tal circunstancia, deben los cónyuges decidir de la manera más armónica y racional posible la disolución de su matrimonio. Esta es la posición asumida por las legislaciones que le han atribuido competencia al notario en sede de divorcio por mutuo acuerdo, pero bajo el requerimiento de inexistencia de menores de edad o de mayores judicialmente incapacitados o dependientes de los progenitores¹³³.

En caso contrario, si en el divorcio efectivamente hay menores de edad o mayores de edad judicialmente incapacitados, la intervención de la fiscalía como en el caso de Cuba resulta oportuna, sobre todo cuando se pretende definir el ejercicio de la patria potestad a favor del padre o de la madre.

El Decreto de Ley sobre el divorcio notarial cubano concede intervención de la fiscalía en la tramitación del divorcio, cuando a juicio del notario las convenciones propuestas en el escrito de solicitud sean lesivas a los intereses de los menores de edad¹³⁴.

En Cuba, al fiscal le corresponde velar por los intereses de los menores de edad, principalmente cuando están desprovistos de sus representantes legales, pero aun en presencia de progenitores o tutores, el fiscal puede evaluar el cumplimiento satisfactorio de los deberes que el ejercicio de la potestad paterna o materna o de la autoridad tutelar

¹³³ CERDEIRA, G. 2016. op. cit. p. 13.

¹³⁴ SANAHUJA, José María. *Tratado de Derecho Notarial*. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1945. p. 195.

supone, de ahí su legitimación para promover proceso ordinario sobre privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad¹³⁵.

En Colombia, a diferencia de Cuba, la ley exige que siempre que existan hijos menores de edad habidos del matrimonio a disolver, se notifique al defensor de familia de los acuerdos a los que arriben los cónyuges, sean o no favorables al menor, resultando este trámite preceptivo para el notario sin excepción alguna, disponiéndose además, un plazo para formular lo que se ha dado en llamar concepto o acuerdo.

2.4.5. *Intervención de abogados*

Un tema conflictivo sin duda es la intervención del abogado en la tramitación del divorcio notarial.

El jurista español Guillermo Cerdeira, apunta que no existen razones estrictamente jurídicas para defender como necesaria la intervención del abogado y plantea las siguientes preguntas: ¿Acaso ha de serla en el acto de la celebración del matrimonio?, ¿Por qué ha de serla, entonces, en su *contrarius actus*?, no pueden alegarse a favor de la intervención del letrado posible motivaciones asesoras en cuestiones jurídicas más técnicas; ¿O acaso es preceptiva la intervención de abogado en la elaboración de capitulaciones matrimoniales? Para ello bastará con la intervención notarial.¹³⁶

Tanto en Cuba¹³⁷ como en Perú, la ley no exige en modo alguno la intervención de abogados, en consecuencia, los cónyuges pueden concurrir directamente ante notario o a través de un representante legal.

¹³⁵ PÉREZ, L. 2009, loc. cit.

¹³⁶ CERDEIRA, G. 2016. op. cit. p. 15.

¹³⁷ Decreto Ley N° 154 del divorcio notarial. Consejo de estado de la República de Cuba, Habana, Cuba, 6 de septiembre de 1994 (artículo 2 primer párrafo).

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial en España¹³⁸, recomendó la intervención del abogado en los procedimientos a desarrollar ante notario, en particular los expedientes notariales de separación y divorcio, en los que incluso sería conveniente que cada parte actuara asistida de su propio letrado.

La Ley Notarial ecuatoriana establece que los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales, pero el petitorio deberá estar firmado por los cónyuges y patrocinado por un abogado, lo cual no quiere decir que necesariamente estos concurren representados por abogados, basta presentar el petitorio firmado por uno¹³⁹.

Por otro lado, en la legislación brasileña, el artículo 1124-a del Código de Procedimiento Civil, exige que los cónyuges estén asistidos por un abogado común, o por los abogados de cada uno de ellos, cuya calificación y firma constará en acta notarial.

Podemos decir entonces que, la participación del abogado subsiste al cambio de sede en la mayoría de las legislaciones que han desjudicializado el divorcio por mutuo acuerdo. Sin embargo, el rol de éste pasa de un papel confrontativo a uno conciliador, pues en sede judicial el divorcio por culpa requiere que el abogado coadyuve a demostrar conductas de los cónyuges y controvertir las causas del conflicto, en un proceso que sirve para la denigración mutua y que los cónyuges tomen posiciones antagónicas¹⁴⁰. En consecuencia, la intervención del abogado cobrará otro matiz y precisará un lógico acomodamiento en el modo de entender su función¹⁴¹,

¹³⁸ Ley N° 15/2015 De Jurisdicción Voluntaria. Agencia estatal boletín oficial. Gobierno de España, Madrid, España, 2 de julio de 2015.

¹³⁹ Ley N° 62 Reforma ley notarial. Consejo de la judicatura, Quito, Ecuador, 28 de noviembre de 2006.

¹⁴⁰ CULACIATI, M. loc. cit.

¹⁴¹ CERDEIRA, G. 2016. op. cit. p. 52.

2.4.5.1. *Doble asesoramiento profesional*

Si la intervención letrada subsiste, existe una controversia en cuanto a una superposición de funciones entre el notario y el abogado, pues se estaría dando un doble asesoramiento profesional con el consecuente incremento de costos para los interesados.

Ballesteros nos ayuda a dilucidar el conflicto, pues si bien las funciones de ambos profesionales poseen ciertas similitudes, no se pueden equiparar; el abogado posee una función de defensa no solo asesora, en cambio, el notario no participa desde la posición de uno o ambos cónyuges, sino que ostenta una ubicación en el procedimiento equidistante¹⁴². En resumidas cuentas, el factor decisivo es la distinta naturaleza de los asesoramientos.

2.5. **Críticas al divorcio notarial**

2.5.1. *Privatización del matrimonio y el divorcio*

Un factor común en las impugnaciones, es el recurrente temor a la privatización del matrimonio y el divorcio. Si bien esta objeción resulta común para la sede extrajudicial, es mucho más fuerte cuando se promueve la instauración del divorcio en esta última.

En España, los medios de comunicación apuntaron al proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria como privatista, señalando que existe una justicia de dos velocidades; una rápida para quienes puedan pagársela y otra cada vez más lenta para la mayoría de la sociedad¹⁴³.

¹⁴² MESSÍA DE LA CERDA, Jesús. La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (734):3389-3390, 2012.

¹⁴³ CULACIATI, M. loc. cit.

No en pocas ocasiones, las críticas que provienen de los medios de comunicación, no son impugnaciones jurídicas pero tienen su peso, desde el punto de vista social y cultural¹⁴⁴.

Guillermo Cerdeira, manifiesta que es errada la concepción que pretende crear una simple ecuación jurídica, según la cual, la actuación notarial en ámbitos que tradicionalmente han estado enfilados en el derecho público, o en todo caso, informados por intereses de contenido social, es símbolo palpable de la privatización del derecho¹⁴⁵.

No se debe perder de vista que la función pública es constitutiva del notario¹⁴⁶, y que la autenticidad y la fe pública designan y marcan el carácter de esta función. Si bien no hay una división de los componentes públicos y privados de la función notarial, ella opera bajo la primacía conceptual de los elementos públicos, pues sin ellos la función notarial desaparecería o se convertiría en mera especialidad de la profesión de abogado¹⁴⁷.

En el mismo sentido, Rodríguez Adrados, enfatiza en la primacía conceptual del elemento público en la función notarial, pues sin éste no sería posible la autoridad de la que están dotados los elementos de autonomía notarial. Por esa razón, el notario puede imprimirle autenticidad y legalidad a los actos y a los hechos en los cuales interviene y le viene impuesto incluso el deber de custodia y conservación de los documentos públicos notariales que autoriza¹⁴⁸.

Así se concluye que, los temores de la supuesta privatización carecen de sustento, toda vez que no existe estrictamente una transferencia de competencia al sector privado, ya que la función que desempeña el notario es siempre pública.

¹⁴⁴ PÉREZ, Leonardo. Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo código de familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar. *Anuario de la facultad de derecho* (31): 429-457, 2014.

¹⁴⁵ CERDEIRA, G. 2016. op. cit. p. 30.

¹⁴⁶ CARRIÓN, Almudena. Divorcio y separación en el código civil tras la reforma de la ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (3): 395-42, 2015. p. 399.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ, Antonio. Los componentes públicos de la función notarial. *Revista jurídica del notariado* (25): 55-84, 1998.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ, Antonio. *Nueva legislación notarial comentada*. Madrid, Tirant, 2007. p. 42.

2.5.2. *Afecta la legalidad del divorcio*

Según las asociaciones de magistrados, desjudicializar el divorcio provocaría una afectación a la legalidad, al derecho a la defensa y al debido proceso¹⁴⁹.

Esta impugnación se analizó en México en sede administrativa, objetándose el divorcio que implementaron algunas entidades federativas, a través de juicios de amparo en los cuales se reclamaba su inconstitucionalidad. Se alegó que violentaba las garantías de legalidad, debido proceso y de protección de la familia. Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de México resolvió que el divorcio consensual extrajudicial era constitucional, por no transgredir garantía ni derecho alguno.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia¹⁵⁰ resolvió por mayoría de votos, que las reformas que admitían el divorcio extrajudicial, no vulneraban la garantía de audiencia ni los principios del debido proceso. De esta manera, se revocó la sentencia recurrida y se negó el amparo a un señor que impugnó su disolución del vínculo matrimonial, señalando a estos efectos que el divorcio incausado, contenido en el artículo 582 del Código de Procedimiento Civil para el estado de Coahuila de Zaragoza, no es inconstitucional. Además, el artículo 585 del mismo código, al no admitir que la resolución de divorcio sea recurrida, tampoco vulnera derecho fundamental alguno, pues se privilegia la voluntad de quien no desea seguir el matrimonio.

Por otro lado, conviene señalar que, las exigencias de agilidad, celeridad y abaratamiento en el divorcio, son comunes en todos los sistemas que han desjudicializado el divorcio consensual. Hay que destacar que ello no solo ha obedecido a una exigencia de ahorro en tiempo y en costes económicos, sino también psicológicos

¹⁴⁹ CORONADO, Ximena. *La congestión judicial en Colombia*. Tesis (título de comunicador social y periodista). Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Comunicación y Lenguaje, 2009. p. 31.

¹⁵⁰ Comunicado de prensa número 185/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la nación, México D.F., 23/10/2014. El divorcio incausado, contenido en el artículo 582 del Código Procesal Civil para Coahuila no es violatorio del párrafo cuarto del artículo 130 constitucional, disponible en <http://www.2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=2957> > [consulta : 11 julio 2018]

y sociales, pues al desjudicializar el divorcio se descongestiona el trabajo a los tribunales de justicia, cuya labor quedaría circunscrita a los divorcios contenciosos¹⁵¹.

2.5.3. *La onerosidad o gratuidad del servicio*

El principio general indica que toda actuación judicial debe tributar tasa de justicia, salvo excepción expresa contenida en la ley¹⁵². En efecto, están exentas de pago de tasa de justicia las actuaciones derivadas de las relaciones de familia que no tengan carácter patrimonial, las demandas por alimentos y litisexpensas. Esto implicaría que el divorcio en sí mismo no debe tributar tasa de justicia¹⁵³.

Sin embargo; los honorarios notariales deberán ser solventados por los cónyuges, y no por el Estado, dado que el costo de la sustentación de un divorcio consensual en sede notarial es una cuestión de política legislativa, que varía de acuerdo con la realidad socioeconómica de cada país.

No obstante lo anterior, esta circunstancia no inhabilita la intervención del notario, pues la sede notarial se regularía en forma facultativa, es decir, los cónyuges podrán optar, según sus posibilidades económicas, por qué vía recurrir¹⁵⁴.

2.5.4. *El divorcio judicial ya es ágil*

Cabe señalar al respecto, que el cambio de sede no implica necesariamente una mayor celeridad en la tramitación del divorcio. Esto, pues el propósito no es darle una

¹⁵¹ Así, comienza advirtiéndolo el Preámbulo del Decreto-Ley N° 154/1994 cubano, y de semejante modo lo justifican en sus respectivos Preámbulos la Resolución N° 35, de 2007, de Brasil, y el Decreto-Ley N° 272/2001 portugués.

¹⁵² PALACIO, Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 18° edición. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis. p. 125.

¹⁵³ CULACIATI, M. loc. cit.

¹⁵⁴ Artículo 2° de la Resolución N° 35/2007 del Consejo Nacional de Justicia del Brasil: "Se permite a los interesados la opción por vía judicial o extrajudicial."

"mayor ligereza" al trámite del divorcio, toda vez que la desjudicialización no supone, en modo alguno una trivialización del matrimonio o la familia.

Probablemente la rapidez del trámite sea similar, pero a nuestro juicio el alejamiento de los tribunales se impone cuando no existe litigio¹⁵⁵. Es más, por todos los motivos ya expuestos *supra*, es necesario evitar que los interesados tengan que recurrir al juez para darle un marco legal a la ruptura conyugal, cuando no existe litigio alguno que dirimir.¹⁵⁶

A modo de resumen, podemos señalar que en el divorcio consensual, si se cumplen los requisitos que la ley exige, el juez no tiene margen de acción más que para decretar el divorcio y homologar la autocomposición de las partes, y sólo frente a las discrepancias en los efectos, emerge su rol conciliador, pero ese no es el supuesto que nos ocupa.

Adicionalmente, tener que recurrir a los tribunales para legalizar el quiebre conyugal desgasta cualquier relación, incluso aparecen conflictos donde no los había, por el contrario, evitar la sede judicial ayuda a conservar una relación de continuidad entre las partes. La génesis misma del judicante como un tercero superior, que debe resolver los problemas de los cónyuges, ocasiona que éstos se encuentren a sí mismos enfrentados en una posición antagónica que quizás no existía anteriormente¹⁵⁷.

¹⁵⁵ CERDEIRA, Guillermo. *Matrimonio y Constitución (presente y posible futuro)*. Madrid, Reus, 2013. p. 305

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. loc. cit.

¹⁵⁷ CULACIATI, M. loc. cit.

3. Hacia el divorcio notarial

No hay dudas que la familia, célula esencial en cualquier sociedad, requiere una protección especial. Las instituciones del Derecho de Familia no pueden tener el mismo tratamiento legal que las del Derecho Civil patrimonial, porque su naturaleza es diferente, es más sensible, más espiritual, más emotiva. Incluso teniendo en consideración lo anterior, podemos afirmar que el Derecho Notarial, como Derecho cautelar, preventivo por excelencia, efectivamente es capaz de garantizar el pleno y efectivo ejercicio de los derechos subjetivos en su estadio no patológico¹⁵⁸.

Como ya se explicó en el acápite anterior, atribuir competencia notarial no significa privatizar el Derecho de Familia, pues el notario desempeña una función pública, vela por los intereses públicos, a la vez que logra combinar la seguridad jurídica con la celeridad que se exige.

En 1966, ante la Asociación de Juristas Europeos, en Lille, el notario Avignon André Lapéyre dictó una interesante conferencia en la que expresó que el itinerario del Derecho Notarial no debe ser eclipsado jamás por el brillo de una bella contienda.

El derecho contencioso es el derecho de los accidentes no es el derecho de las creaciones. El derecho notarial no es el derecho de gentes enfermas, sino el derecho de personas saludables¹⁵⁹.

El derecho comparado, cobra especial relevancia a efectos de este trabajo, pues permite demostrar que el divorcio extrajudicial se ha implementado satisfactoriamente en otros países. De esta manera, el derecho comparado puede ser considerado una fuente

¹⁵⁸ PÉREZ, L. 2009. loc. cit.

¹⁵⁹ LAFÉYRE, André. La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del notariado. *Revista de Derecho Notarial* (61-62): 133-152, 1968.

histórica, incluso una fuente real que sirve como antecedente y ejemplo para la legislación como fuente formal del derecho y su producto que es la ley¹⁶⁰.

3.1. ¿Se puede otorgar al notario chileno la competencia para conocer el divorcio por mutuo acuerdo?

Tradicionalmente, el notario ha estado vinculado con la familia como consejero por excelencia, asesor insustituible de la empresa familiar, de los reconocimientos de hijos, redactor de últimas voluntades, de capitulaciones matrimoniales y confesor de las interioridades y secretos de familias¹⁶¹.

Recordemos que el notario latino es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.

Por cierto, la función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos que pueden resolverse por medio del ejercicio de la mediación jurídica, como un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia¹⁶².

En efecto, el notario cuenta con fe pública por lo que no tiene ningún inconveniente de conocer un divorcio, tomar fe de la voluntad de los divorciantes, quienes otorgan su consentimiento de dar por terminada su relación jurídica matrimonial¹⁶³.

¹⁶⁰ PEGORARO, Lucio y RINELLA, Ángelo. *Las fuentes en el derecho comparado*. Lima, Instituto iberoamericano de derecho constitucional, 2003.

¹⁶¹ PÉREZ, L. 2014. loc. cit.

¹⁶² UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIO. Principios fundamentales del sistema de notariado [en línea] <<http://www.uinl.org/principio-fundamentales>> [consulta: 20 de julio de 2018].

¹⁶³ PEÑA, Teresa. El convenio de divorcio ante notario: la experiencia jurídica mexicana. *Revista de derecho UNED* (16): 1065-1079, 2015.

Por lo anterior, es indudable que la posibilidad de tramitar el divorcio por mutuo acuerdo ante notario público en Chile es totalmente viable, pues del orden técnico jurídico nada lo impide. Negarlo sería echar por tierra la propia esencia de la función notarial, su naturaleza y el alcance de la fe pública¹⁶⁴.

Respecto al ámbito de competencia, el notario competente para conocer los divorcios por mutuo acuerdo debiese ser el del último domicilio común, o, en su defecto, el del domicilio habitual de cualquiera de los solicitantes. En este sentido, la doctrina que ha estudiado el tema establece que es más conveniente que se presente el divorcio ante notario con sede en el último domicilio conyugal, por razones de cercanía y economía¹⁶⁵.

Al fin y al cabo, el divorcio ante notario ha ido ganando adeptos en Latinoamérica y la experiencia en estos países ha sido positiva, logrando celeridad en los procesos y una notable descongestión de la judicatura, por lo que no se ven razones para no incorporarlo a nuestro ordenamiento jurídico.

3.2. ¿Se debe admitir en Chile el divorcio notarial para matrimonios con hijos?

De los países estudiados solo Cuba y Colombia, admiten el divorcio notarial a matrimonios con hijos menores de edad o judicialmente incapaces, asegurando la protección de sus derechos mediante la intervención del Ministerio Público.

En el caso del sistema colombiano, siempre que existan hijos menores de edad, se exige que se notifique al defensor de familia, para que revise los acuerdos a los que llegaron los cónyuges, y verifique si estos son o no favorables para los menores de edad¹⁶⁶. Además, dicho acuerdo o convenio regulador, debe pronunciarse sobre todas

¹⁶⁴ PÉREZ, L. 2009. loc. cit.

¹⁶⁵ CAM, G. loc. cit.

¹⁶⁶ Decreto Ley N°4436 por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley N°962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes. Diario oficial, Bogotá, Colombia, 28 de noviembre de 2005.

las cuestiones inherentes a los hijos, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

Si bien se busca llegar a un acuerdo que beneficie a los menores, podría objetársele al mencionado sistema el no considerar el interés superior del niño, su derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en la decisión de un conflicto que lo involucra directamente¹⁶⁷.

La profesora Olga Mesa Castillo, férrea oponente de esta simplificación procesal, manifiesta que el divorcio ante notario tiene cuestionables expresiones en la institución de la patria potestad y en todo lo que en torno a su contenido y ejercicio la califican¹⁶⁸.

Por su parte, Carlos Trujillo igualmente critica el sistema, señalando al efecto que la función tuitiva que en esta rama del derecho se le viene confiriendo al Estado, no se puede delegar a los fines de una negociación en la que el menor de edad se ve imposibilitado a participar y opinar¹⁶⁹.

En Chile, la participación de los hijos menores de edad en el divorcio de sus padres está reconocida en el artículo 85 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, el cual establece que cuando existen menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o bienes.

¹⁶⁷ Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a ser oído, mismo que debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁶⁸ MESA, O. loc. cit.

¹⁶⁹ TRUJILLO, Carlos. El divorcio notarial: la experiencia cubana y el ideal español. *Revista internacional consentir de directo* (1): 653-680, 2015.

Por tales motivos, es dable concluir que Chile debe adoptar un sistema de divorcio notarial por mutuo acuerdo que proceda únicamente cuando no existen hijos menores o judicialmente incapaces.

3.3. Requisitos formales y de procedimiento

3.3.1. Comparecencia de los cónyuges por sí mismos o por representación

De la misma manera que el matrimonio civil no es un acto personalísimo, el divorcio tampoco lo es. Ello no es cuestión opinable en doctrina, pues es unánime la aceptación de la actuación representativa en sede de divorcio.

Sin embargo, hay quienes sostienen que el divorcio ante notario debiera ser de carácter personalísimo, pues se debe tener en consideración la arista axiológica que toda ruptura marital implica para los cónyuges, más las decisiones futuras que se van a tomar y el trasfondo de cada convención a la que se arriba¹⁷⁰.

Por el contrario, la legislación colombiana permite que los cónyuges comparezcan por medio de representante legal e incluso uno solo puede representar a ambos cónyuges en el otorgamiento de la escritura de divorcio¹⁷¹.

En base a lo señalado, podría decirse que lo más idóneo al incorporar el divorcio de mutuo acuerdo ante notario en el sistema chileno, sería que las partes puedan comparecer directamente o a través de mandatarias especiales, garantizando la voluntad de éstas y la celeridad procesal.

¹⁷⁰ PÉREZ, L. 2009. loc. cit.

¹⁷¹ Decreto Ley N°4436 por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley N°962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes. Diario oficial, Bogotá, Colombia, 28 de noviembre de 2005.

3.3.2. *Petitorio o solicitud*

En Chile, como en las demás legislaciones estudiadas, estimamos que se debiera presentar por escrito la petición de divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Este petitorio deberá cumplir con ciertas formalidades, indicando ciertos datos tales como:

1. Nombres completos de los peticionarios
2. Número de cédula de ciudadanía
3. Edad
4. Nacionalidad
5. Profesión u ocupación
6. Teléfonos y correos electrónicos
7. Dirección domiciliaria
8. Indicar la forma de comparecencia (información del mandatario de ser el caso)
9. Manifestar en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado, que no tienen hijos menores de edad o judicialmente incapaces y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial.

La declaración juramentada, por su parte, deberá ir en el siguiente sentido:

“Señor(a) Notario(a), de acuerdo a lo establecido en ley, declaramos bajo juramento que no tenemos hijos menores de edad, ni hijos bajo nuestra dependencia ni tampoco yo (Sra.) me encuentro embarazada.

Petición: Con estos antecedentes de consuno y viva voz, y en virtud que es nuestra voluntad definitiva terminar con el matrimonio que mantenemos hasta la fecha, solicitamos a Usted señor(a) Notario(a), que mediante Acta Notarial se declare disuelto nuestro vínculo matrimonial por divorcio por mutuo consentimiento, luego de la cual se dispondrá la inscripción en Registro Civil e Identificación.”

3.3.3. *Documentos que acrediten los hechos narrados en el escrito de solicitud o petición*

En todos los ordenamientos, tal y como se analizó, junto al petitorio o escrito de solicitud que sustituye a la demanda y que debe estar despojado de todo término procesal, precisamente por su disímil naturaleza, han de acompañarse los documentos acreditativos del matrimonio y de la existencia de hijos¹⁷² (cuando el notario es competente para conocer del divorcio por mutuo acuerdo, aun con hijos menores de edad, como es el caso de Colombia y Cuba).

3.3.4. *Acuerdo regulatorio*

Los divorcios por mutuo acuerdo ante notario solo se pueden tramitar si se presenta un acuerdo regulador o convenio. Existen convenios reguladores que, por no concurrir hijos o bienes comunes, el único acuerdo que contienen es el divorcio en sí mismo¹⁷³.

Conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 55 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, el acuerdo debe regular en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos.

Por lo planteado anteriormente, en el caso del divorcio notarial solo se regularán las relaciones entre cónyuges, ya que no procederá cuando existan hijos menores de edad. El acuerdo deberá ser presentado ante notario público y será aprobado por el mismo.

¹⁷² BAQUERIZO, Jorge. *El divorcio por mutuo consentimiento ante notario público: ¿acierto o desacierto legislativo?* (inédito). p. 6.

¹⁷³ BRITO, Richard. *El divorcio por mutuo consentimiento con hijos menores de edad ante sede notarial*. Tesis (Maestría en Derecho Notarial y Registral). Ambato, Ecuador. Universidad Regional Autónoma de Los Andes, 2016. p. 12.

3.3.5. *La extinción y disolución del régimen económico matrimonial*

Es importante para los cónyuges determinar el régimen patrimonial del matrimonio, sin embargo, con el divorcio, este aspecto cobra aún más relevancia.

Si analizamos los ordenamientos pioneros en la regulación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario, se puede constatar que en Perú, para que el notario conozca del divorcio, los cónyuges deberán carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales o, en el caso de existir bienes sujetos a la sociedad conyugal, se debe presentar ante notario la escritura pública de sustitución o liquidación de dicho régimen¹⁷⁴.

Por el contrario, en Ecuador, Cuba, Colombia y Brasil, la disolución del régimen ganancial o comunitario que regula el aspecto patrimonial del matrimonio puede hacerse simultáneamente o con posterioridad al divorcio. La diferencia entre estos ordenamientos es que en Ecuador no es posible incluir en un mismo instrumento público el divorcio y la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, mientras que en el resto de los ordenamientos jurídicos antes señalados sí es posible¹⁷⁵.

Estimamos que Chile debería adoptar estas últimas soluciones respecto a la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, pues lo más conveniente es liquidar el régimen matrimonial simultáneamente con el divorcio.

3.4. Audiencia de conciliación

Recordemos que tanto la realización de la audiencia de conciliación como los plazos para fijarla varían según la legislación de cada país, por ejemplo, en Cuba y Colombia

¹⁷⁴ Ley N°29.227 que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias. Congreso de la República, Lima, Perú, 17 de mayo de 2008.

¹⁷⁵ PÉREZ, L. 2009. loc. cit.

no se establece la necesidad de una audiencia, ya que el divorcio se autoriza el mismo día que se presenta el petitorio.

No obstante, debe tenerse presente que el tiempo es la característica que motiva a los cónyuges a sustanciar su decisión de divorciarse de mutuo acuerdo dentro del ámbito notarial por cuanto en la órbita jurisdiccional tal plazo es mayor¹⁷⁶.

Por otro lado, sería conveniente que los cónyuges tuviesen un tiempo de reflexión, en cual puedan retractarse del divorcio aun después de presentada la solicitud o petitorio de divorcio ante notario público.

En este sentido, los interesados deberán comparecer ante el notario público con su petitorio y acuerdo regulatorio, y este último solicitará que los cónyuges reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas. Asimismo, fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, idealmente dentro de un plazo no menor a treinta días

3.4.1. En la audiencia los cónyuges deberán ratificar su voluntad de divorciarse

Como se trata de un divorcio por mutuo consentimiento, es esencial la ratificación de la voluntad de los cónyuges de divorciarse, de consuno y a viva voz.

El notario público, al igual que el juez en lo civil, está en la obligación de tutelar la unidad familiar, haciendo entender a los comparecientes lo importante que es mantener el vínculo familiar, máxime si se trata de parejas jóvenes que recién están empezando, sin embargo, de persistir la voluntad de divorciarse, siempre que no existan hijos menores de edad o dependientes, y ante una relación conflictiva, lo mejor es dar paso al divorcio en sana paz.

¹⁷⁶ DE LA FUENTE, Jorge. Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica. *Revista Cubana de Derecho* (38), 1989.

3.4.2. *De no darse la audiencia*

Por economía procesal y ante el imperio de la celeridad, convocada la audiencia de conciliación por segunda ocasión es obligación absoluta de los cónyuges comparecer al despacho del notario público, para dejar de manifiesto su expresa voluntad de divorciarse de consuno y a viva voz.

Sin embargo, de reincidir en la ausencia uno de los comparecientes y teniendo presente que se trata de un acto notarial de jurisdicción voluntaria, no le queda otro camino al notario público que archivar la solicitud, pues se entiende que las partes han desistido en su deseo de divorciarse¹⁷⁷.

3.4.3. *Acta que declarará disuelto el vínculo matrimonial*

Posteriormente, el notario levantará un acta en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial. El efecto más importante de la intervención notarial, es la fe pública, medio idóneo, que garantizar la certeza de las situaciones jurídicas¹⁷⁸.

Es cierto que estamos en presencia de un acta cuya primordial distinción y diferenciación del resto de las actas en especie, es el rol que desempeña el elemento subjetivo, es decir su autor, para la redacción y autorización notarial pues se trata de un acta de calificación jurídica, con una aplicabilidad poco publicitada y limitadamente asesorada hasta por los propios notarios¹⁷⁹.

¹⁷⁷ MEJÍA, H. loc. cit.

¹⁷⁸ DELGADO, Juan Francisco. *La función notarial*. En: Ponencias presentadas por el Notariado Español. VI Jornada Notarial Iberoamericana (1993, Quito, Ecuador) p. 253.

¹⁷⁹ LLANES, Silvia y MENDOZA, Juan. Utilización de la computación en el proceso especial de divorcio. *Revista Cubana de Derecho* (3): 96-100, 1992.

Una vez protocolizada el acta, deberá entregar copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su respectiva marginación inmediatamente después de celebrarse la audiencia de conciliación.

A la entrega de la resolución del notario público, el Jefe del Registro Civil ordenará su inmediata marginación dentro del acta matrimonial, con la finalidad de constituir el nuevo estado civil de los ex cónyuges, dando paso a la realización plena de los efectos jurídicos del divorcio por mutuo consentimiento.

Por último, es obligación del Jefe del Registro Civil otorgar una copia certificada de dicha marginación del acta para que el notario público proceda a la respectiva incorporación al protocolo, con lo cual termina el trámite.

3.5. Intervención de abogados

Como se pudo observar en el capítulo anterior, la mayoría de los países estudiados han preferido dar participación al abogado en asuntos de esta naturaleza.

Por las razones ya expuestas, lo más apropiado es que la legislación chilena reconozca la posibilidad de intervención del abogado, de forma optativa para los divorciantes, como lo puede ser en cualquier asunto notarial.

3.6. Reconocimiento de actas de divorcios notariales extranjeras

Las convenciones y legislaciones latinoamericanas establecen expresamente los requisitos para el reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, por lo que gran parte de la jurisprudencia no considera los divorcios notariales o administrativos

como susceptibles de reconocimiento, y por lo tanto, no producen efectos jurídicos fuera del territorio¹⁸⁰.

En la actualidad, no se reconoce en Chile el divorcio notarial celebrado en el extranjero, denegándose así el acceso a la justicia y afectando al derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos que pretenden la eficacia de sus divorcios notariales obtenidos por procedimientos legalmente establecidos¹⁸¹.

Por el contrario, algunos países, pese a no regular dentro de su ordenamiento jurídico un divorcio notarial, sí reconocen y homologan por medio del exequátur, el divorcio notarial. Al respecto, podemos citar los siguientes fallos:

Venezuela: Juzgado Superior 2º en lo Civil y Mercantil de Zulia. Decisión N°2-063-10 de 25 de marzo de 2010. Admite la homologación en base a que el ordenamiento de origen atribuye al notario o encargado del Registro Civil facultades para declarar la disolución del vínculo, en el caso, los divorcios promovidos de común acuerdo entre los cónyuges.

España: Tribunal Supremo. Sala de lo civil. ATS de 17 de octubre de 2006, ATS de 1 marzo de 2005, ATS de 31 de julio de 2000 y ATS de 8 septiembre de 1998. Resulta clave para el planteamiento que vamos a proponer respecto a la homologación de divorcios administrativos y notariales que es la magistratura la que muchas veces no amerita suficientemente los alcances territoriales de sus reglas de CJI y que en consecuencia, pretende extrapolar su regulación procesal e incluso sustantiva a la actuación y determinación de la competencia y regulación de las materias sujetas a su reconocimiento, confundiendo las técnicas de conflicto de leyes propia de la competencia judicial directa, a la aplicada en los casos de la competencia indirecta al pretender resolver las solicitudes de reconocimiento.

¹⁸⁰ TRUJILLO, C. loc. cit.

¹⁸¹ SERRANO, Luis. *Eficacia y homologación de la sentencia extranjera en la legislación ecuatoriana y derecho comparado*. Tesis (Maestría). Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Área de derecho, 2015.

Para concluir, cabe señalar que, por lo ya expuesto, al incorporar el divorcio notarial en la legislación chilena, sería necesario que se reconozca además de las resoluciones jurídicas, las actas notariales que ponen fin al vínculo matrimonial.

Conclusiones

1. En el último siglo, se produjeron grandes transformaciones socioculturales que impactaron el derecho de familia y permitieron un cambio de paradigma. Así, donde el foco de protección solía ser la institución familiar, ahora es el derecho de la persona a vivir en familia.
2. En Chile no existe el divorcio de común acuerdo, ya que no basta la sola voluntad de ambos cónyuges para obtenerlo. Su voluntad conjunta no es la que provoca el divorcio, sino el cese efectivo de la convivencia, junto con la declaración judicial.
3. Constatamos que el sistema de divorcio es estrictamente judicial, ya que, tanto el divorcio por culpa como el divorcio por cese de la convivencia, son de competencia de los Juzgados de Familia, en consecuencia, los cónyuges no tienen más alternativa que someterse a un proceso judicial.
4. Las razones en las que se funda la atribución al juez del conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo han perdido vigencia, pues, en la actualidad, varias legislaciones han comprobado que un sistema extrajudicial de divorcio agiliza los procesos y descongestiona el sistema judicial.
5. El divorcio por mutuo acuerdo no supone la existencia de *litis*, no promueve cuestión alguna entre los cónyuges, por lo que la actuación de un juez no sería necesaria ya que no tiene un margen de acción porque se limita a homologar la voluntad de las partes.
6. En el segundo capítulo, al realizar un estudio de derecho comparado, observamos que basándose en el principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, se incorporaron nuevos sistemas de divorcios como el notarial y el administrativo, con el fin de garantizar a los cónyuges un rol protagónico en las decisiones que afectan su vida matrimonial.

7. La tendencia en los países iberoamericanos ha sido atribuir la competencia al notario, considerando que el notario latino es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y realiza además juicios de capacidad y legalidad.
8. Lo que busca el proceso de desjudicialización, en esencia, es otra alternativa a la judicial y no la suplencia de la misma. Por lo mismo, la tendencia es compatibilizar la vía judicial y extrajudicial, y en ninguno de los ordenamientos jurídicos estudiados en los que se atribuido la competencia al notario de conocer el divorcio por mutuo acuerdo se ha despojado al poder judicial de dicha competencia.
9. El conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial, cuando existen hijos menores de edad o mayores judicialmente incapacitados, está permitido en países como Cuba y Colombia, donde interviene el Ministerio Público, con el fin de garantizar los derechos de los menores de edad, sin embargo, esto es criticado, pues no se toma en cuenta la participación de los hijos menores de edad, violentando así su derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en la decisión de un conflicto que lo involucra directamente.
10. Encontramos uniformidad respecto a los requisitos formales o procedimentales en las legislaciones estudiadas: todos requieren de una solicitud o petitorio que vendría a remplazar la demanda de divorcio y los documentos que acreditan la existencia del matrimonio.
11. Algunos de los ordenamientos jurídicos que han adoptado el divorcio por mutuo acuerdo ante notario público han previsto y regulado una audiencia, mientras que otros no lo regulan expresamente en la ley, lo cual no necesariamente quiere decir que no exista.

12. Se ha dicho que al atribuirle la competencia al notario de conocer el divorcio por mutuo acuerdo, se privatiza el matrimonio y el divorcio, sin embargo, esta especulación carece de sustento, pues no existe estrictamente una transferencia de competencia al sector privado, ya que la función que desempeña el notario es siempre pública.
13. En el tercer capítulo se concluye que la probabilidad de tramitar el divorcio por mutuo acuerdo ante notario público en Chile es totalmente viable, por cuanto en el orden técnico jurídico nada lo impide. Téngase en cuenta que la función notarial es por excelencia, de naturaleza pública y en nada riñe con las normas imperativas del derecho familiar chileno.
14. Es innecesario acreditar un cese efectivo de convivencia cuando el divorcio es de mutuo acuerdo y se realiza ante notario público, ya que va en contra de los principales fundamentos de la desjudicialización del divorcio, consistentes en potenciar la autonomía de la voluntad y la celeridad en los trámites.
15. Es conveniente que Chile siga la línea que la mayoría de países latinoamericanos han adoptado, un sistema de divorcio notarial, que procede cuando es por mutuo acuerdo y no existan hijos menores de edad y judicialmente incapaces.
16. Incorporar un sistema de divorcio notarial en la legislación chilena, traería ventajas tanto para los ciudadanos como para el Estado, ya que se brinda una nueva alternativa de un proceso de divorcio más ágil, que permite una participación directa de los cónyuges, reduciendo de esa manera los conflictos familiares y descongestionando el sistema judicial.

Bibliografía

1. ABUNDIS, María Antonia y ORTEGA, Miguel. *Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa*. México, Universidad de Guadalajara, 2010.
2. ACEDO, Ángel. *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Madrid, Editorial Reus, 2009.
3. ÁLVAREZ, Luis. Extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones notariales y responsabilidad civil del notario por su incumplimiento. *Revista chilena de derecho privado*. (25): 77-114, 2015.
4. ANGUITA, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile: Desde 1810 hasta el 1º de junio de 1913*. Santiago, Imprenta Litografía y Encuadernación Barcelona. Encuadernación Barcelona, 1912-1918.
5. AZAR, Edgar. *Personas y bienes en el derecho civil mexicano*, 2ª edición. México, Editorial Porrúa, 1997.
6. BARBERO, Omar. *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977.
7. BARRIENTOS, Javier. *Código de la Familia*. Santiago, Legal Publishing, Santiago, 2009
8. BARRIENTOS, Javier. *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*. Santiago, Thomson Reuters, 2011.
9. BARRIENTOS, Javier y NOVALES, Aranzazú. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Santiago, Lexis Nexis, 2004.
10. BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO, Rosalía. *Derecho de familia y sucesiones*. México, Oxford, 2002.
11. BAQUERIZO, Jorge. *El divorcio por mutuo consentimiento ante notario público: ¿acierto o desacierto legislativo?* (inédito).
12. BELLUSCIO, Augusto. *Manual de derecho de familia*. 10ª edición. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
13. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª edición. Buenos Aires, Astrea, 2015.
14. BRITO, Richard. *El divorcio por mutuo consentimiento con hijos menores de edad ante sede notarial*. Tesis (Maestría en Derecho Notarial y Registral). Ambato, Ecuador. Universidad Regional Autónoma de Los Andes, 2016.

15. CAM, Guillermo. *Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal*. En: CAM Carraza, Guillermo, BÉLFOR Zárate del Pino, Juan, PÉREZ Gallardo, Leonardo. *El divorcio notarial y la evolución de las instituciones*. Lima, Arco Legal editores, 2008.
16. CARRIÓN, Pedro. Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso. *Revista jurídica del notariado* (34): 31-98, 2000.
17. CARRIÓN, Almudena. Divorcio y separación en el código civil tras la reforma de la ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (3): 395-42, 2015.
18. CERDEIRA, Guillermo. *Separaciones y divorcio ante notario*. Madrid, Reus, 2016.
19. CERDEIRA, Guillermo. *Matrimonio y Constitución (presente y posible futuro)*. Madrid, Reus, 2013.
20. CERDEIRA, Guillermo. El divorcio notarial que viene a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso). *Quaderni di Conciliazione* (2): 211-244, 2011.
21. CORONADO, Ximena. *La congestión judicial en Colombia*. Tesis (título de comunicador social y periodista). Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Comunicación y Lenguaje, 2009.
22. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edición. Buenos Aires, Depalma, 1958.
23. COX, Loreto. Divorcio en Chile un análisis preliminar tras la nueva ley de Matrimonio Civil. *Estudios Públicos* (123): 95-187, 2011.
24. CUELLAR, Pilar y RODRÍGUEZ, Ismael. Algunas consideraciones y reflexiones sobre la vía actual de tramitación del divorcio por mutuo acuerdo. *Revista Cubana de Derecho*. (2): 44-48, 1991.
25. CULACIATI, Miguel. Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en la Argentina. *Revista IUS* 9(36): 389-417, 2015.
26. CHABOD, Federico. *Escritos sobre el Renacimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1990.
27. CHÁVEZ, Manuel. *La familia en el derecho: derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 8ª edición. México, Editorial Porrúa, 2007.
28. DÁVILA, César. *Manual de derecho notarial*. Tomo I. Santo Domingo, Ediciones Trajano Potentini, 2007.

29. DE LA FUENTE, Jorge. Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica. *Revista Cubana de Derecho* (38), 1989.
30. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. *La función notarial*. En: Ponencias presentadas por el Notariado Español. VI Jornada Notarial Iberoamericana (1993, Quito, Ecuador).
31. DUTOIT, Bernard. *Le divorce en droit comparé*. vol. 1. Ginebra, Librairie Droz, 2000.
32. DZIDO, Rosa. *Incidencia de la separación convencional y divorcio ulterior en sede municipal y notarial, en el número de procesos similares tramitados en sede judicial*. Tesis (Maestría en derecho con mención en derecho civil y empresarial). Trujillo, Perú, Universidad Privada Antenor Orrego, Escuela de posgrado, 2016.
33. FERNÁNDEZ, Antonio. *La jurisdicción voluntaria*. Madrid, Civitas, 2001.
34. GARCÍA, José y DÍAZ, Paula. *Separaciones y divorcios ante notario*. Madrid, Reus, 2016.
35. GATTARI, Carlos. *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires, Depalma, 1988.
36. GIMÉNEZ, Enrique. *Introducción al derecho notarial*. Madrid, Reus, 1944.
37. GÓMEZ, Verónica. Divorcio a la chilena: familia, género e ciudadanía no Chile, 1990-2004. *Revista de Sociología e Política* 20(44): 177-195, 2012.
38. GROSMAN, Cecilia. *El proceso de divorcio*. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1985.
39. GUZMÁN, Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
40. JAKSIC, Iván y POSADA, Eduardo. *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX*. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2011.
41. LAFÉYRE, André. La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del notariado. *Revista de Derecho Notarial* (61-62): 133-152, 1968.
42. LEPIN, Cristián. *Derecho familiar chileno*. Santiago, Thomson Reuters, 2017.
43. LEPIN, Cristián. La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica. *Revista Ius et Praxis* 18(1): 3-36, 2012.
44. LÓPEZ, Elena. *Matrimonio y divorcio ante notario, en el marco de la ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria*. Trabajo fin de grado (grado en

- Derecho). Santander, España, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 2017.
45. LLANES, Silvia y MENDOZA, Juan. Utilización de la computación en el proceso especial de divorcio. *Revista Cubana de Derecho* (3): 96-100, 1992.
 46. MATTERA, Marta. El juez frente al divorcio: respeto por la autonomía y privacidad de los cónyuges. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (16):16-8, 2000.
 47. MESSÍA DE LA CERDA, Jesús. La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (734): 3389-3390, 2012.
 48. MESA, Olga. El divorcio: otro ángulo de análisis. *Revista Cubana de Derecho* (38), 1989.
 49. MEJÍA, Héctor. *Competencia del Notario Público en el divorcio por mutuo consentimiento frente a la Legislación Ecuatoriana*. Tesis (previa a la obtención del título de abogado). Quito, Ecuador, Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, 2014.
 50. MONTOYA, Guillermo. El divorcio en el derecho colombiano. En: ACEDO Penco, Ángel. *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Madrid, Editorial Reus, 2009. pp. 165-185.
 51. MORENO-TORRES, María Luisa. La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho. *Revista para el Análisis del Derecho* (4): 1-38, 2015.
 52. MORILLAS, Marta. *El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del código civil*. Tesis (Doctorado). Granada, España, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 2008.
 53. NÚÑEZ, Rafael. *Estudios de derecho notarial*. Madrid, Instituto de España, 1986.
 54. ORDELIN, Jorge. Dos décadas de divorcio notarial en Cuba: ¿hacia dónde vamos? *Anuario iberoamericano de derecho notarial*, (4-5): 16-42, 2016.
 55. ORREGO, Juan Andrés. *Divorcio Sanción en el Derecho Chileno*, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, eventual procedencia de indemnización por daño moral. Apuntes de exposición en Corporación de Asistencia Judicial. Santiago.
 56. PALACIO, Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 18° edición. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis.
 57. PEGORARO, Lucio y RINELLA, Ángelo. *Las fuentes en el derecho comparado*. Lima, Instituto iberoamericano de derecho constitucional, 2003.

58. PEÑA, Teresa. El convenio de divorcio ante notario: la experiencia jurídica mexicana. *Revista de derecho UNED* (16): 1065-1079, 2015.
59. PEÑA, Carlos. *Acerca de la Ley N°19.947 de Matrimonio Civil*. En: Seminario Academia Judicial de Chile (13 y 14 de octubre de 2004, Santiago, Chile). 2004.
60. PÉREZ, Leonardo. Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo código de familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar. *Anuario de la facultad de derecho* (31): 429-457, 2014.
61. PÉREZ, Leonardo. El divorcio por mutuo acuerdo en el derecho cubano: mitos y tabúes. *Revista de derecho privado* 91(1): 65-104. 2007.
62. PÉREZ, Leonardo. Un “fantasma” recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (23): 214-262, 2009.
63. RODRÍGUEZ, Antonio. Los componentes públicos de la función notarial. *Revista jurídica del notariado* (25): 55-84, 1998.
64. RODRÍGUEZ, Antonio. *Nueva legislación notarial comentada*. Madrid, Tirant, 2007.
65. SALAZAR, Mercedes. *Perú y el divorcio notarial* (inédito).
66. SANAHUJA, José María. *Tratado de Derecho Notarial*. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1945.
67. SANTOS, Rubén. La reforma del Estado y el matrimonio, el divorcio y la declaración de concubinato en sede notarial. Su eficacia internacional. *Revista de la asociación de escribanos de Uruguay* 97(1-6): 163-184, 2011.
68. SEMINARIO NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL. (2004, Santiago, Chile). Colegio de Abogados de Chile, 2004.
69. SERRANO, Luis. *Eficacia y homologación de la sentencia extranjera en la legislación ecuatoriana y derecho comparado*. Tesis (Maestría). Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Área de derecho, 2015.
70. SILVA, Pedro. La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa (voluntaria) en Puerto Rico. *Revista Colegio de Abogados de Puerto Rico* (53): 4-114, 1992.
71. TRUJILLO, Carlos. El divorcio notarial: la experiencia cubana y el ideal español. *Revista internacional consentir de directo* (1): 653-680, 2015.

72. UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIO. Principios fundamentales del sistema de notariado [en línea] <<http://www.uinl.org/principio-fundamentales>> [consulta: 20 de julio de 2018].
73. VAINSENER, Tania. El divorcio en el derecho brasileño. En: ACEDO Penco, Ángel. *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Madrid, Editorial Reus, 2009. pp. 123-145.
74. VAQUIAX, Edy. *Análisis jurídico sobre el divorcio por causa determinada y necesidad de reformar el inciso 2° del artículo 154 del Código Civil Decreto Ley 106, en cuanto se establezca un tiempo máximo de divorcio a través de juicio ordinario*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007.
75. VELA, María del Carmen y BUSTILLO, Luis. Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio. En: CERDEIRA Bravo de Mansilla, Guillermo. *Separaciones y divorcio ante notario*. Madrid, Reus, 2016.
76. VENTURA, Sabino. *Derecho Romano*. 24ª edición. México, Editorial Porrúa, 2017.
77. VIDAL, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXI): 289-321, 2008.

Normas citadas

1. Resolución N°35/2007. Consejo Nacional de Justicia del Brasil, Brasil, 24 de abril de 2007.
2. Ley N°483 del notario plurinacional. Asamblea legislativa plurinacional, La Paz, Bolivia, 24 de enero de 2014.
3. Decreto Ley N°4436 por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes. Diario oficial, Bogotá, Colombia, 28 de noviembre de 2005.
4. Decreto Ley N°154 del divorcio notarial. Consejo de estado de la República de Cuba, Habana, Cuba, 6 de septiembre de 1994.
5. Ley N°19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de mayo de 2004.

6. Ley N°62 Reforma ley notarial. Consejo de la judicatura, Quito, Ecuador, 28 de noviembre de 2006.
7. Constitución española. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 27 de diciembre de 1978
8. Ley N°15/2015 De Jurisdicción Voluntaria. Agencia estatal boletín oficial. Gobierno de España, Madrid, España, 2 de julio de 2015.
9. Código Civil Federal de México. Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, México, 28 de enero de 2010.
10. Ley N° 1526 Del Notariado. La Gaceta N°17, Managua, Nicaragua, 10 de septiembre de 1990.
11. Ley N° 29227 que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias. Congreso de la República, Lima, Perú, 17 de mayo de 2008.

Jurisprudencia citada

1. Escobar con Albornoz (2006): Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de mayo de 2006, en autos rol N°748-2006.