



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

El divorcio extrajudicial en el derecho comparado.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autores:

Gerardo Jeria Sánchez

Javier Sierralta Modrow

Profesora Guía:

Fabiola Lathrop Gómez

Santiago, Chile

2022

Índice.

Resumen	1
Introducción	2
Capítulo I. El divorcio en el ordenamiento jurídico chileno.	6
1.1 Principios en el Derecho de Familia Chileno.	7
2.1.1 Principio de Protección a la Familia.	8
1.1.2 Principio de Protección al Matrimonio.	11
1.1.3. Principio de Protección al cónyuge más débil.....	15
1.1.4. Principio del interés superior del niño.	17
1.1.5. Principio de Igualdad.....	19
1.1.5.1. Igualdad entre los cónyuges.....	19
1.1.5.2. Igualdad entre los padres respecto de los hijos.....	21
1.1.5.3. Igualdad entre los hijos.....	22
1.1.6. Principio de Autonomía de la Voluntad.	23
1.1.7. Principio de Intervención mínima del Estado.	25
1.2. El fin de la vida en común. La disolución del vínculo matrimonial.	26
1.2.1. El fin de la vida en común sin disolución del vínculo matrimonial.	27
1.2.1.1. La separación de hecho.....	28
1.2.1.2. La separación judicial.....	30
1.2.2. La terminación del matrimonio.....	32
1.2.3. La nulidad matrimonial.	33
1.2.4. El divorcio en nuestro ordenamiento.	36
1.2.4.1. El divorcio por culpa.	39
1.2.4.2. El divorcio de común acuerdo.	41
1.2.4.3. El divorcio unilateral.	44

1.2.5. La voluntad del cónyuge de la persona que obtuvo la rectificación de la Ley 21.120.....	45
1.3. El acuerdo de unión civil y su disolución.	47
1.4. La compensación económica.....	50
Capítulo II. Aproximación al divorcio en sede extrajudicial en el derecho comparado.	51
2.1 Aproximación al divorcio administrativo.	51
2.2 Países que regulan el divorcio administrativo.	53
2.2.1. México.	53
2.2.2. Perú.	56
2.2.3. Italia.	59
2.2.4. Portugal.	60
2.2.5. Japón.	62
2.2.6. Rumania.	64
2.2.7. Noruega.	65
2.3. Aproximación al divorcio notarial.....	67
2.4. Países que regulan el divorcio notarial.....	68
2.4.1. Ecuador.	68
2.4.2. Brasil.	70
2.4.3. Cuba.	72
2.4.4. Colombia.	76
2.4.5. Perú.	81
2.4.6. Bolivia.	83
2.4.7. Nicaragua.	85
2.4.8. España.	86
2.4.9. Rumania.	90
Capítulo III. Discusiones en torno al divorcio en sede extrajudicial.	92

3.1. La necesidad de someter el divorcio y el acuerdo regulador a un proceso jurisdiccional.	92
3.2. Necesidad de causal.	101
3.3. Intervención mínima estatal y autonomía de la voluntad.	105
3.4. La ausencia de un “control de lesividad”.	107
3.5. Motivos que justifican la desjudicialización del divorcio.	109
3.6. Exclusividad de la competencia.	111
3.7. Preparación técnica.	114
3.8. Costo del divorcio extrajudicial.	118
3.9. Necesidad de intervención de abogado o de asesoramiento letrado.	123
Conclusiones: Hacia el divorcio desjudicializado en Chile.	125
Referencias	135

Resumen

La presente memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales pretende analizar jurídicamente la situación actual del divorcio extrajudicial en el derecho comparado, a saber, aquel cuya competencia ha sido extraída de los tribunales de justicia y entregada a la administración o a un notario público, con miras a evaluar la factibilidad de avanzar hacia una desjudicialización del divorcio en Chile.

Por lo tanto, el propósito de este trabajo será el de recopilar y analizar tanto legislación como publicaciones de carácter doctrinario, tanto nacional como especialmente del derecho comparado, referidos a los principios que rigen el Derecho de Familia y la disolución del vínculo conyugal. Trataremos el divorcio por la vía extrajudicial en todas sus dimensiones, repasando la manera en la que se ha implementado en los países que se han tornado a él, evaluando los efectos positivos que éste tiene en materia de costos, celeridad y promoción de los acuerdos y de la autonomía de las partes involucradas; así como sus dificultades y desafíos: la protección del interés superior de los hijos, la preparación técnica de la autoridad interviniente, la importancia de la asesoría letrada, entre otros. Nuestro objetivo será hacer un análisis comparativo de carácter cualitativo entre las distintas formas en que se ha adoptado el divorcio extrajudicial, examinándolas a través del prisma de nuestra realidad jurídica y evaluando, en definitiva, la viabilidad de legislar este tipo de divorcio en Chile, los cambios que debe seguir la Ley de Matrimonio Civil para esta evolución, así como las prevenciones que deberán tomarse ante ello.

Introducción

En nuestro país, el Derecho de Familia ha tenido una evolución tardía en comparación al resto del mundo, e incluso mirando a varios países de la región. Hasta 2004, no existía una verdadera ley de divorcio en Chile, viéndose los cónyuges obligados a iniciar un fraudulento procedimiento de nulidad matrimonial para lograr lo que hace más de un siglo ya era una realidad en otras latitudes, con resultados nocivos para el interés del cónyuge más débil y de los hijos comunes.

La Ley de Matrimonio Civil nació en el marco de esta tardía adopción, introduciendo en Chile el divorcio vincular, con la resistencia de grupos conservadores que señalaban que la mera legalización del divorcio significaba un atentado a la constitución de la familia protegida en la Constitución, que afectaba el interés superior de los hijos, que constituía un incentivo a las rupturas e incluso que fomentaba la desnaturalización de la monogamia al incentivar la infidelidad (Del Picó, 2019, p. 537). En definitiva, se señalaba que el divorcio violaba la tutela de la estabilidad matrimonial como base de la familia, garantizada en la Constitución.

Sin perjuicio de estas críticas, y luego de dieciocho años de vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, las expectativas sobre su eficacia se han cumplido, al menos en cuanto a su función como solución recurrida para enfrentar las crisis matrimoniales terminales, y sin perjuicio de mantener elementos considerados por buena parte de la doctrina como arbitrarios, discriminatorios e incluso inconstitucionales, como la facultad del marido de administrar los bienes sociales y propios de la mujer en la sociedad conyugal (Ramos Pazos, 2010, p. 101).

Junto con la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, en ese mismo año entró en vigencia la Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia, estableciendo una judicatura especializada e interdisciplinaria, que buscó hacerle frente al excesivo carácter adversarial y a la escrituración de los procedimientos hasta entonces existentes en esta materia, pero siempre diseñados en torno al “contencioso familiar”, aunque haya existido avances en buscar soluciones cooperativas y autocompositivas, como por ejemplo la promoción de la mediación previa en este tipo de conflictos.

En el momento en que se reconoció la necesidad de implementar el divorcio vincular en nuestro ordenamiento, se consagró, en parte, el derecho a no seguir casados y que no se puede obligar a dos personas a mantenerse en un estado civil que rechazan. Se reconocía así, también, la autonomía de los cónyuges en el sentido de que, si su mera voluntad era suficiente para unirlos en el acto del matrimonio, también lo es para la disolución del vínculo conyugal.

No obstante estos avances, el procedimiento ante los tribunales de familia sigue siendo uno de carácter contencioso, incluso cuando estamos ante un divorcio de común acuerdo: cada uno de los cónyuges debe ir con su abogado patrocinante, deberá presentar sus pruebas que acrediten el plazo de cese efectivo de la convivencia de un año, y deberán acudir a audiencias donde el juez o la jueza de familia escrutarán los antecedentes y examinarán la prueba rendida para adoptar una decisión y emitir una sentencia que declare el divorcio.

Desde hace ya algunas décadas el divorcio en el derecho comparado, especialmente en los países iberoamericanos, ha desarrollado una marcada tendencia hacia su desjudicialización. Desde que Cuba introdujo el divorcio en sede notarial en 1995, en materia de divorcio de común acuerdo los países de la

región han ido paulatinamente incorporando nueva legislación que sustrae el conocimiento de estas materias de los tribunales de justicia, entregándole esta competencia ya sea a un oficial de la administración o a un notario público. También se ha destacado que la legislación comparada ha avanzado hacia un modelo de divorcio sin expresión de causa, en el que basta el mero consentimiento de los cónyuges para dar lugar a la disolución del vínculo conyugal, sin mayores obstáculos o requisitos previos, salvo en algunos casos acreditar un lapso mínimo de duración del matrimonio.

Las razones de esta evolución son variadas. Entre ellas destacan el interés de hacer prevalecer la voluntad de los cónyuges que, dentro de sus facultades y en su plena autonomía, pueden libremente regular sus relaciones futuras sin la necesidad de un tercero que intervenga más allá de homologar y validar formalmente dicho acuerdo; el afán de minimizar el ánimo adversarial propio de presentar una demanda ante los tribunales de justicia y propender a que los cónyuges puedan solucionar amistosamente sus diferencias en un entorno más neutro, asegurando una sana convivencia y un más seguro cumplimiento del convenio regulador a futuro; el interés de descongestionar los tribunales de justicia, los menores costos y demoras asociados al divorcio extrajudicial e incausado, entre otros.

En el capítulo uno haremos un trazado de la legislación vigente en nuestro país con un enfoque a la terminación del vínculo conyugal y de otras instituciones análogas, como el Acuerdo de Unión Civil. Su propósito es desarrollar acabadamente el marco normativo que será el prisma a través del cual vamos a observar las distintas formas que puede adoptar el divorcio en sede extrajudicial, así como los distintos elementos que pueden configurarlo. Es de crucial importancia entender dónde nos encontramos parados para poder

determinar eventualmente cuáles son los aciertos de nuestro sistema, los cambios que más urgen implementar y qué discusiones es pertinente dar primero.

En el capítulo dos expondremos acerca del avance del divorcio extrajudicial en el derecho comparado, con un particular énfasis en los países iberoamericanos, más cercanos a nuestra tradición jurídica, y que paulatinamente han introducido esta forma de divorcio, con distintos matices. Hemos escogido también otros países que han llegado a introducir el divorcio extrajudicial no necesariamente por influencia de otras legislaciones, y que resultaron ser de interesante análisis desde la perspectiva de la diversidad cultural e institucional, como por ejemplo Japón y Noruega. Esta sección se dividirá entre los países que han optado por la fórmula del divorcio notarial y los que se han decantado por el divorcio administrativo. En el tratamiento particular de cada ordenamiento jurídico explicaremos el detalle de los matices de su implementación. Así, por ejemplo, hay países que reconocen una competencia acumulativa entre sede administrativa o notarial y sede judicial, en tanto que otros países han establecido una competencia privativa. Un elemento particularmente delicado, y que será materia de intenso examen y discusión, es el de permitir la desjudicialización de los divorcios de común acuerdo cuando existan hijos menores o incapaces, atendiendo a su situación de vulnerabilidad y a su especial necesidad de protección.

En el capítulo tres revisaremos cuáles han sido las razones y justificaciones de mantener hasta el día de hoy un divorcio ciento por ciento judicial, comentando en este apartado ciertas apreciaciones y avances de la doctrina y legislación de nuestro país que dan luces de posibles aperturas y potenciales avances hacia una verdadera desjudicialización del divorcio.

Analizaremos el mérito de los diversos argumentos que han propiciado la introducción del divorcio extrajudicial en las distintas latitudes ya desarrolladas en el capítulo anterior, tales como la descongestión de los tribunales, el menor costo para las personas y la primacía de la autonomía de la voluntad y el principio de mínima intervención estatal; así como la necesidad de distinguir entre la declaración misma del divorcio, y los efectos que produce, en términos patrimoniales y personales, con especial atención al convenio regulador de las relaciones mutuas y para con los hijos que, como ya mencionamos, debe seguir siendo este último objeto de intenso escrutinio para permitir que el interés superior de los hijos sea siempre cautelado.

La conclusión nos llevará a evaluar los caminos que puede transitar Chile hacia una desjudicialización del divorcio. Nos referiremos a la disyuntiva entre el divorcio notarial y el divorcio administrativo, atendiendo a las ventajas y desperfectos de cada sistema a la luz de nuestra realidad interna. En definitiva, esperamos que este trabajo permita ilustrar de mejor manera la forma en que se ha llevado a cabo la desjudicialización del divorcio, sus efectos positivos en las personas que se han sometido al nuevo sistema, los diversos matices y medidas que una implementación cautelosa de un cambio de esta magnitud requiere, y propender a una discusión que permita plantearnos seriamente las dificultades que la actual Ley de Matrimonio Civil presenta en materia de divorcio, así como los pasos a seguir para avanzar en un procedimiento de divorcio que se presente como lo que realmente es: la mera cristalización de una decisión ya tomada, que tan solo requiere de su formalización.

Capítulo I. El divorcio en el ordenamiento jurídico chileno.

1.1 Principios en el Derecho de Familia Chileno.

Cuando se pretende hablar de asuntos como matrimonio y divorcio, no pueden perderse de vista los principios jurídicos que dan forma a nuestro Derecho de Familia y que pueden influenciar la interpretación de las normas que regulan dichos temas, ayudar a llenar vacíos legales o resolver conflictos entre derechos o normas que, al ser aplicadas, podrían dar resultados contradictorios. Además de lo ya descrito, no debe ignorarse que los principios jurídicos en general no solo son herramientas para resolver conflictos particulares, sino que además son la manifestación de un bien jurídico que como sociedad hemos considerado digno de protección.

Si bien no es posible desconocer la existencia de los antiguos principios del Derecho de Familia, que obedecen a las ideas de nuestra sociedad en otra época, lo cierto es que en el presente trabajo es conveniente centrarnos en los actuales principios de esta área, toda vez que tenemos como objetivo considerar la consagración de alguna figura de divorcio extrajudicial en nuestro país, es decir, afrontamos la indagación con una visión hacia el futuro y no hacia el pasado.

Según Ramos Pazos (2010), los principios que obedecían a las ideas predominantes a la fecha de dictación del Código Civil eran:

- Matrimonio religioso e indisoluble.
- Incapacidad relativa de la mujer casada.
- Administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal.
- Patria potestad exclusiva y con poderes absolutos.

-Filiación matrimonial fuertemente favorecida.

Por otra parte, el progreso normativo y social han dado lugar a la introducción de nuevos principios a nuestro Derecho de Familia, que responden a las necesidades de una sociedad moderna y consciente de las situaciones de desigualdad que pueden suscitarse en el ámbito familiar, además de acercar las normas del área a las normas internacionales sobre derechos humanos.

Para el profesor Lepín (2014), los nuevos principios del Derecho de Familia son los siguientes:

-Principio de protección a la familia.

-Principio de protección al matrimonio.

-Principio de igualdad.

-Principio de protección al más débil, dentro del cual se incluyen el interés superior del niño y la protección al cónyuge más débil.

-Principio de autonomía de la voluntad.

-Principio de intervención mínima del estado.

A continuación, procedemos a exponer brevemente sobre cada uno de estos principios y el impacto que éstos tienen en nuestro Derecho de Familia.

2.1.1 Principio de Protección a la Familia.

En nuestro ordenamiento jurídico la familia cumple un rol indispensable, siendo incluso nombrada en la Constitución como el núcleo fundamental de la

sociedad¹, lo cual parece inspirado en la disposición que hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16.3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”².

La norma constitucional mencionada dio origen a discusiones respecto a qué logra entenderse como familia protegida por el Derecho, cuestionando en particular si la Constitución pretendía fijar como núcleo social solo al concepto clásico de familia (aquella originada de un vínculo matrimonial heterosexual) o si se reconocía la existencia y necesidad de protección de otras formas de familia. Por fortuna, la nueva Ley de Matrimonio Civil (o LMC) ayudó a resolver esta discusión al reiterar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, pero añadiendo que el matrimonio es la base principal de la familia³, adelantando la posibilidad de que existan otras de familia además del matrimonio y que este último no es la única, sino solo la principal.

Recientemente, con la creación del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, el legislador ha aportado una definición más clara del concepto de Familia que sigue la misma tendencia que la interpretada de la LMC, es decir, ampliar la protección de la familia más allá del matrimonio. En definitiva, la Ley Número 21.150 modifica la Ley Número 20.530, la cual ahora en su artículo segundo define el concepto de familia como:

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

1) Familia: núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen

¹ Constitución Política de la República [CPR], artículo 1°. 17 de septiembre de 2005 (Chile).

² La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16.3. 10 de diciembre de 1948.

³ Ley Número 19.947, 17 de mayo de 2004. Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.

relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos⁴.

Algunas manifestaciones de este principio son el llamado a conciliación que regula la Ley de Tribunales de Familia durante la audiencia preparatoria del procedimiento ordinario y, por otra parte, la obligatoriedad de la mediación previa en materias de alimentos, cuidado personal, relación directa y regular, todas previstas en el artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia (o LTF), además de permitir que otras materias se regulen por mediación voluntaria, como indica el artículo 61 numeral tercero⁵, de forma que el legislador prefiere proponer soluciones autocompositivas antes de enfrentar a miembros de la familia en un conflicto adversarial. Bajo una idea similar, la Ley de Matrimonio Civil, a propósito de la tramitación de la separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio, señala en el artículo 85 que podrá adoptarse por parte del juez cualquier medida que éste considere conveniente para la resolver de la mejor forma posible la ruptura o conflicto matrimonial.

De esta misma forma, la Ley de Matrimonio Civil ya mencionada señala en el tercer inciso del artículo 3° que:

Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges.

⁴ Ley Número 21.150. 16 de abril de 2019. Modifica la Ley Número 20.530 y crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

⁵ Ley Número 19.968. 30 de agosto de 2004. Crea los Tribunales de Familia.

También podemos encontrar el principio de protección a la familia en el derecho que tienen los descendientes, hermanos y ascendientes a recibir alimentos al encontrarse en estado de necesidad. En estos casos, el fundamento final del derecho y obligación correlativa nace del deber moral de socorrer a nuestra familia más cercana.

En definitiva, el principio de protección a la familia se puede entender como una directiva que obliga al Estado en su actuar, en tal sentido, el inciso final del artículo 1° de la Constitución indica:

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

De tal forma, podemos decir que la obligación concreta del estado de proteger a la familia le obliga en todas sus dimensiones, tanto en la dictación de normas que cumplan con dicha protección como en la labor judicial, que hace realidad este principio al aplicar este tipo de normas (Lepín Molina, 2014).

1.1.2 Principio de Protección al Matrimonio.

Como ya adelantábamos, la Ley de Matrimonio Civil considera al matrimonio como la base principal de la familia y esto no es accidental, pues gran parte de las normas que regulan asuntos concernientes a las relaciones de familia, toman en consideración a la familia matrimonial. En este sentido, consideramos que el principio de protección al matrimonio es otra forma de

proteger la familia, salvo que este principio está dirigido a un tipo de familia específica, la familia matrimonial.

El derecho a contraer matrimonio ha sido considerado tan relevante que incluso es mencionado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

De igual forma, nuestra LMC recoge esta idea en el artículo 2º y entrega la protección del derecho a contraer matrimonio al juez de familia en los siguientes términos:

La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente.

Respecto del consentimiento pleno y libre de los contrayentes, la LMC introduce modificaciones a la antigua regulación. En particular, aumenta la edad de consentimiento a dieciséis años, a diferencia de la ley antigua, que exigía doce años para mujeres y catorce para hombres, y, además, en el artículo 10 ordena que al momento de que los contrayentes manifiesten su intención de casarse, el oficial de Registro Civil debe informarles en forma suficiente sobre los fines del matrimonio, derechos y deberes que nacen de él, los distintos regímenes patrimoniales existentes y lo indispensable que es un consentimiento libre y espontáneo. Además, la ley contempla la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, de lo cual el oficial también deberá informar.

Entre las manifestaciones de este principio en nuestro Derecho encontramos la posibilidad de los cónyuges de demandar alimentos en caso de encontrarse en estado de necesidad, derecho que cesa una vez que el matrimonio se ha disuelto y, por tanto, debe entenderse como una forma de protección a la familia matrimonial en específico.

Por otra parte, uno de los cónyuges también puede solicitar por vía judicial que un bien inmueble se declare como bien familiar cuando éste sea de propiedad de cualquiera de ellos y sirva como residencia principal de la familia, sin importar el régimen de bienes del matrimonio. Esta calidad de bien familiar implica una serie de prohibiciones que pueden resumirse a la prohibición de enajenar o gravar dicho bien sin autorización del otro cónyuge y, si ocurriese, éste puede demandar que se declare nulo el acto. Si bien la disolución del matrimonio no trae como consecuencia inmediata la desafectación del bien familiar, sí permite al propietario solicitarlo judicialmente, razón por la que consideramos que esta institución protege a la familia matrimonial.

A nivel procesal, el artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que en materia de separación y divorcio el juez tiene el deber de instar a las partes a una conciliación con el fin de explorar opciones de acuerdo que permitan reanudar la vida en común y preservar el vínculo matrimonial. Esta norma parece más una formalidad que una solución práctica y realista, toda vez que, si el conflicto familiar ha escalado al punto en que los cónyuges decidieron acudir ante un tribunal, poco puede hacerse para intentar reconciliar visiones totalmente contrarias por parte de un tercero ajeno al conflicto y que no lo conoce de primera fuente, como lo es el juez.

En este mismo sentido puede interpretarse la posibilidad de someter el asunto a una mediación voluntaria, lo cual ya fue mencionado a propósito del principio de protección a la familia.

En materia sucesoria también podemos encontrar normas bajo las cuales subyace el principio de protección al matrimonio, pues ubican al cónyuge sobreviviente en una posición privilegiada, ya que no solo se le considera legitimario, sino que en la sucesión intestada concurre en el primer y segundo orden sucesorio junto a descendientes o ascendientes, respectivamente. En el primer caso, el cónyuge recibe una mayor cuota si hay más de un hijo, generalmente el doble de lo que éstos recibirían, como indica el artículo 988 del Código Civil, cuota que, sin importar la cantidad de hijos, no podrá descender de un cuarto de la herencia. En el caso de que el cónyuge concorra con los ascendientes del causante, el cónyuge recibirá dos tercios de la herencia, lo que quiere decir que en ambos casos la ley le entrega una especial protección. Esta posición protegida sigue en pie al momento de repartir la herencia, ya que, como indica el numeral 10° del artículo 1337 del Código Civil, el cónyuge sobreviviente tiene el derecho de adjudicación preferente sobre el inmueble en

que actualmente viva o que haya servido de residencia principal para la familia, junto a los muebles que le guarnecen e incluso si estos bienes exceden su cuota de la herencia, podrá pedir que sobre ellos se constituya en su favor un derecho de uso y habitación con carácter gratuito y vitalicio.

En gran medida podemos decir que el principio de protección al matrimonio, o a la familia de origen matrimonial, ha perdido territorio con la igualdad entre hijos matrimoniales y aquellos que no lo son, lo cual es un evidente avance en materias como alimentos y sucesión por causa de muerte.

Además de esto, observamos que con el reconocimiento de modelos de familia distintos al matrimonio le ha restado importancia al principio de protección de éste, en favor de la protección de las familias en general.

1.1.3. Principio de Protección al cónyuge más débil.

Este principio se introduce en nuestra más reciente Ley de Matrimonio Civil. El artículo 3° indica que las materias de dicha ley se resolverán procurando la protección del interés superior del niño y del cónyuge más débil.

Si bien puede llegarse a la conclusión apresurada de que este tipo de distinción es una excepción al principio de igualdad en la forma de una discriminación no arbitraria, lo cierto es que el legislador pretende hacerse cargo de la igualdad material que puede verse vulnerada como consecuencia de una ruptura familiar, en especial de la desigualdad económica que existe frecuentemente cuando es uno de los cónyuges quien desarrolla su vida laboral y el otro quien se hace cargo del cuidado del hogar común y los hijos.

A modo de ejemplo de este principio tenemos la llamada “cláusula de dureza”, consagrada en el inciso tercero del artículo 55 de la LMC y que consiste en una excepción perentoria que tiene por finalidad enervar la acción de divorcio bajo el fundamento de que el demandante no ha dado cumplimiento reiterado a su obligación de dar alimentos al otro cónyuge o a los hijos comunes encontrándose en las condiciones de hacerlo. En tal sentido, debe entenderse que el derecho a demandar alimentos también cumple la función de proteger no solo a la familia matrimonial, producto del deber de socorro mutuo que existe entre los cónyuges, sino también asistir al cónyuge más débil.

Por otra parte, la compensación económica es la institución que representa en forma más clara el principio de protección al cónyuge más débil. Este derecho busca reparar el menoscabo económico sufrido por uno de los cónyuges producto de no haber desarrollado alguna actividad lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo deseado, por elegir dedicarse al cuidado del hogar común o de los hijos. La posibilidad de solicitar la compensación económica nace con la ruptura matrimonial, sea por divorcio o nulidad, y tiene por objetivo reparar un menoscabo estrictamente económico. A pesar de que el perjuicio y posterior reparación son de naturaleza patrimonial, lo que el legislador ha valorado con esta institución es la elección de vida, voluntaria o forzada, de renunciar a ciertas actividades en virtud del interés de la familia, además de los beneficios extrapatrimoniales que ésta experimenta en virtud de ello (Barrientos Grandon, 2011).

Finalmente, aunque en términos más amplios, el convenio regulador de relaciones mutuas y respecto de los hijos que describe el inciso segundo del artículo 55 de la LMC solo puede ser calificado de suficiente si, a criterio del juez, resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo

económico causado por la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges.

En este sentido, teniendo a la vista las distintas formas en que el legislador contempló este principio en nuestra legislación, podemos concluir que la noción de “cónyuge más débil” necesariamente se refiere a una situación de debilidad económica, pues todas las soluciones que la ley aporta a este desequilibrio son de esa misma naturaleza y apuntan a elevar la situación patrimonial del cónyuge que se beneficia de los distintos remedios mencionados.

1.1.4. Principio del interés superior del niño.

La Convención sobre Derechos del Niño señala en el inciso primero de su artículo 3 lo siguiente:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Este principio también es acogido por la legislación nacional en nuestra LMC, como ya se ha citado anteriormente, la cual señala que las materias de dicha ley deben resolverse buscando proteger el interés superior de los hijos.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia señala que dicha ley tiene por objetivo garantizar a todo niño, niña y adolescente en el territorio nacional el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos, lo cual nos ayuda a caracterizar parcialmente el contenido de este principio. El inciso segundo del mismo artículo eleva el interés superior del niño a la categoría de

principio rector, el cual debe tenerse siempre a la vista del juez para efectos de resolver las causas bajo su conocimiento.

Otra norma que ayuda a ilustrar el contenido de un principio de tal abstracción es el inciso primero del artículo 222 del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

La abstracción del principio no parece ser obstáculo para comprender su contenido cuando se aplica a casos concretos. Así lo consideró la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago:

Que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso⁶.

En tal sentido, podemos comprender, a grandes rasgos, que el interés superior del niño, niña y adolescente consiste en garantizarle a dichas personas el pleno ejercicio de los derechos que la ley, la constitución y los tratados

⁶ Sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 7166-2003.

internacionales consagran en su favor, además de otorgarles las mejores condiciones de vida de acuerdo al contexto del caso particular.

1.1.5. Principio de Igualdad.

La igualdad no es un principio exclusivo del Derecho de Familia ni del Derecho Civil en general, sino que es un valor jurídico aplicable a todo el ordenamiento. Esto se desprende de que nuestra Constitución señale en el artículo 1° que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” a su vez que reitera esta idea en el numeral 2° del artículo 19, lugar en que se consagra el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, añadiendo que hombres y mujeres son jurídicamente iguales, añadiendo además una prohibición de establecer discriminaciones arbitrarias para la ley o cualquier autoridad.

En nuestro Derecho de Familia podemos distinguir a lo menos tres dimensiones de este principio: igualdad entre los cónyuges, igualdad entre los padres respecto de los hijos y la igualdad entre los hijos.

1.1.5.1. Igualdad entre los cónyuges.

El principio de igualdad ha hecho ingreso lentamente en el Derecho de Familia, dejando en evidencia que muchas de sus regulaciones tienen como fundamento discriminaciones arbitrarias que ya son consideradas como inaceptables en nuestra actual sociedad. Las diferencias que la ley establece entre hombre y mujer en el matrimonio, especialmente bajo el régimen

patrimonial de la sociedad conyugal, son la muestra más clara del largo camino que queda por recorrer hacia la plena igualdad jurídica.

Si bien existen normas que reconocen cierta autonomía a la mujer casada en sociedad conyugal e incluso puede disponer de un patrimonio separado que sea fruto de su trabajo, lo cierto es que la regla general que nuestro Código Civil sigue en esta materia es la discriminación arbitraria, lo cual se manifiesta en los siguientes términos en el artículo 1749: “El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer (...)”.

En los mismos términos el artículo 1752 añade: “La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad (...)”.

A pesar de las distintas normas que intentan equilibrar la situación entre los cónyuges, como la prohibición de disponer de bienes raíces de la sociedad conyugal sin consentimiento de la mujer, lo cierto es que esta situación no puede remediarse con soluciones pequeñas, sino que la sociedad conyugal debe enfrentar una reforma en sus bases o simplemente ser sustituida por una institución distinta, pues mantenerla tal cual es solo significa conservar una norma evidentemente inconstitucional.

También debe tenerse en consideración que el 18 de octubre del año 2005, el acuerdo de solución amistosa entre Sonia Arce Esparza y el Estado de Chile alcanzado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos obliga a nuestro país a modificar las normas antes mencionadas en los siguientes términos:

Para poner término a la discriminación legal implícita en el actual régimen de sociedad conyugal en Chile, y que ha motivado el inicio de este caso, el Estado de Chile se compromete a dotar -en forma inmediata-

de la urgencia que se estime adecuada a la tramitación legislativa del proyecto de ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales -en los términos de redacción en los que se encuentra-, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Número 12.433)⁷.

A la fecha de redactado este trabajo, más de quince años después de que el Estado de Chile haya contraído esta obligación, debemos decir que no se observan resultados concretos y que las normas denunciadas siguen vigentes.

1.1.5.2. Igualdad entre los padres respecto de los hijos.

La igualdad en relación con los hijos se desprende del artículo 224 del Código Civil, que establece la corresponsabilidad parental de los padres en lo concerniente al cuidado personal, según el cual ambos deben participar activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos, sin importar que vivan juntos o separados.

Por otra parte, la Ley Número 20.680 modificó el artículo 225 del Código Civil, norma que antiguamente otorgaba el cuidado personal a la madre en caso de que ambos padres no vivieran juntos, a menos que existiera maltrato o descuido u otra causa calificada. El actual artículo 225 permite a los padres pactar de común acuerdo cuál de ellos se hará cargo del cuidado personal de los hijos e incluso contempla la figura del cuidado personal compartido, todo esto sin necesidad de judicializar el asunto. Además, la norma indica que el juez

⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. Acuerdo S/N. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=270873>

puede otorgar el cuidado personal a uno de los padres cuando lo ameriten las circunstancias y el interés superior del niño, por lo que queda eliminada la noción antigua según la cual es la madre quien debe adoptar esta función por defecto.

1.1.5.3. Igualdad entre los hijos.

Actualmente en Chile no hay diferencias entre hijos matrimoniales y aquellos que no lo son, tal como dispone el artículo 33 del Código Civil al señalar que “La ley considera iguales a todos los hijos”. Antes del año 1998 en nuestro país se hacía la distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales, lo cual fue cambiado ese año con la llegada de la Ley Número 19.585 que, entre otras normas, modificó el artículo antes citado del Código Civil. Entre los efectos prácticos de esta modificación se puede destacar que ahora el hecho de haber nacido dentro o fuera del matrimonio no es un factor que determine el monto de los alimentos o la cuota sucesoria a la que cada hijo tiene derecho.

La misma ley citada antes estableció que, para que una persona pueda mantener en el hogar común a un hijo no nacido de ese matrimonio y cuyo cuidado personal está a su cargo, es necesario el consentimiento del otro cónyuge. Actualmente esa norma se ha derogado, poniendo fin a la discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales dentro del hogar.

También vale la pena mencionar que el artículo 1° de la Ley Número 19.620 otorga al adoptado el estado civil de hijo respecto de sus adoptantes, eliminando la necesidad de diferenciarlo respecto de los hijos biológicos.

Finalmente, no está de más señalar que, si bien la discriminación entre hijos se ha terminado y el principio de igualdad se ha ido asentando en el Derecho de Familia, específicamente en materia sucesoria todavía existe una distinción arbitraria al momento de determinar las cuotas que reciben los hermanos del causante, en donde los hermanos carnales reciben el doble de la cuota asignada a los hermanos maternos o paternos; y, por otra parte, en las cuotas a las que tienen derecho los colaterales, en cuyo caso aquellos de doble conjunción reciben el doble de la cuota a la que tienen derecho los colaterales de simple conjunción. Estas distinciones parecen ser resabios de la antigua concepción de nuestro Derecho de Familia y Derecho Sucesorio, fuertemente entrelazados, que han pasado inadvertidas en las reformas formuladas con el pasar del tiempo.

1.1.6. Principio de Autonomía de la Voluntad.

Comúnmente se tiende a pensar que la autonomía de la voluntad es un principio más bien restringido en el Derecho de Familia, sin embargo, ésta es una afirmación a la que se llega producto de la comparación hecha con la función que cumple dicho principio en el Derecho Civil patrimonial, área en que se desempeña como una regla de oro. A pesar de que es cierto que en esta área existen normas de orden público que limitan este principio, no se puede dejar de lado que muchos lazos familiares nacen gracias a la autonomía de la voluntad, como el matrimonio, acuerdo de unión civil e, incluso, el reconocimiento de un hijo. De igual forma, con la llegada del divorcio con disolución de vínculo a nuestra legislación, hay un cierto reconocimiento a la voluntad de aquellos cónyuges que ya no desean seguir casados, aunque este

reconocimiento está condicionado a que posteriormente se demuestre la existencia de alguna de las causales que la ley determina como suficientes para que el juez resuelva disolver el vínculo matrimonial.

La autonomía de la voluntad no solo tiene cabida al momento de dar inicio o fin a un vínculo familiar, también puede encontrarse en las numerosas regulaciones que los miembros del grupo familiar pueden hacer. En palabras del profesor Lepín (2014, p. 45):

De forma progresiva nuestro legislador ha facultado a los cónyuges para decidir una serie de materias relacionadas tanto con el matrimonio como con respecto a sus hijos comunes. Podemos mencionar, el convenio regulador, el reconocimiento de un hijo, la adopción, la promesa de matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, la sustitución del régimen patrimonial del matrimonio, la liquidación de la sociedad conyugal, la determinación del crédito de participación en los gananciales, la asignación del cuidado personal y de la patria potestad, las transacciones sobre alimentos, la regulación del régimen de relación directa y regular y, por último, los pactos amistosos de separación.

Inclusive en sede judicial se valora la voluntad de los cónyuges, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico prefiere que en materias de familia se encuentren soluciones autocompositivas, como ya mencionábamos a propósito del principio de protección a la familia, de manera que en el contexto del divorcio de común acuerdo la LMC exige que ambos cónyuges acompañen un acuerdo regulador de sus relaciones mutuas y respecto de los hijos, el cual posteriormente deberá ser calificado de completo y suficiente por el juez. Por otra parte, se permite a los cónyuges regular de común acuerdo si es procedente la compensación económica y determinar su monto y modalidades con que deba

hacerse el pago de la misma, lo que se deriva de los artículos 63 y 64 de nuestra ya mencionada LMC, que establecen la regla general: “La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad (...)”, por una parte, y “A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto”, por otra.

Como se puede observar, el pasar del tiempo y las reformas legales que esto trae consigo han abierto cada vez más ámbitos en donde la autonomía de la voluntad puede desarrollarse, permitiendo a los integrantes de un grupo familiar regular sus relaciones de la forma que estimen más acorde a sus planes comunes de vida. Para Carmen Domínguez Hidalgo:

La autonomía de la voluntad como ejercicio de la libertad individual ha alcanzado en este ámbito una extensión antes impensable. Como se suele afirmar el Derecho de Familia tiende paulatinamente a contractualizarse en un fenómeno exactamente inverso al que se produce en el Derecho de los contratos que tiende progresivamente a reconocer más límites a la libertad contractual (Domínguez Hidalgo, 2005, p. 212).

1.1.7. Principio de Intervención mínima del Estado.

Este principio funciona como una contraparte del principio de autonomía de la voluntad. En otras palabras, si nuestro ordenamiento jurídico prefiere que ciertas materias se regulen voluntariamente por parte de las personas, entonces el Estado solo intervendrá en la medida que no sea posible alcanzar acuerdos, esos acuerdos no se ajusten al Derecho o se trate de materias en que la ley no

admite una regulación voluntaria por existir un valor jurídico que el legislador ha considerado más importante (Lepín Molina, 2014)

Como ya se anticipaba, este principio se va a manifestar cada vez que la ley permita a las personas regular voluntariamente sus relaciones de familia sin necesidad de acudir a una entidad estatal para que adopte una resolución. Este principio parece seguir una visión según la cual son los miembros de una misma familia quienes mejor conocen sus propias relaciones y problemas, de manera que también son los más indicados para adoptar una solución conjunta, la que normalmente será mejor recibida que aquella impuesta por una autoridad. Es por esto que en nuestra regulación actual existen tantas opciones de solución autocompositiva, ya sea permitiendo a los miembros de una familia regular determinadas materias antes de judicializar un problema; fijando determinadas materias en la ley, las cuales obligatoriamente deben someterse a una mediación previa; y, estando ya judicializado el asunto, existe la conciliación, etapa procesal en que el juez de familia debe instar a las partes a llegar a un acuerdo, cuando sea procedente, y proponer bases para ello, pudiendo incluso ampliar este acuerdo a materias que no han sido sometidas a conocimiento del tribunal, tal como lo señala el artículo 90 de la Ley de Matrimonio Civil.

1.2. El fin de la vida en común. La disolución del vínculo matrimonial.

Durante el matrimonio, la convivencia conyugal puede verse alterada por momentos críticos, derivados de las diversas circunstancias personales de las personas afectadas por ellas. Estos momentos resultan ser de variada índole y de diversa gravedad, desde diferencias de carácter u opinión sostenidas en el tiempo, hasta una posible infidelidad. Lo cierto es que las situaciones que

afectan a la convivencia conyugal son habituales en las relaciones de pareja y a pesar de ello, en muchas ocasiones las personas no son capaces o simplemente carecen de la voluntad de perseverar en la búsqueda de soluciones adecuadas a estas dificultades. Eventualmente, se agudizan los conflictos o simplemente se busca la vía de solución que se ve como viable, esto es, el término, ya sea temporal o definitivo, de la vida en común de los cónyuges.

Es por lo anterior que la voluntad inicial de los cónyuges, en el sentido de asumir el compromiso de vivir juntos, de formar un proyecto de vida en común, y de cumplir con los deberes propios del matrimonio, puede verse alterada por estas circunstancias. Es posible que se haya perdido la voluntad de construir este proyecto común, que haya ocurrido una transgresión grave de los deberes y obligaciones que supone la vida en pareja, o simplemente que se haya la atracción mutua o el afecto que, de ser causa principal del vínculo, puede dejar vacía de sentido a la relación conyugal.

Ahora bien, el cese de la convivencia conyugal no necesariamente supone el quiebre total e irrevocable del vínculo matrimonial. Por diversas razones, los cónyuges pueden no desear dar por terminado su matrimonio, o bien puede suceder a esta separación de cuerpos una reconciliación. Lo cierto es que existen formas en que se da el cese de la vida matrimonial sin terminar con el matrimonio. A continuación, pasaremos a analizarlas.

1.2.1. El fin de la vida en común sin disolución del vínculo matrimonial.

Esta modalidad, también conocida como separación, trata de la situación matrimonial en la que, subsistiendo el vínculo conyugal, se produce un

distanciamiento personal entre los cónyuges y se altera, a lo menos parcialmente, el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones.

1.2.1.1. La separación de hecho.

En nuestra legislación, no existe una noción ni causales específicas de la separación de hecho, especialmente si consideramos que, en muchos casos, ni siquiera se judicializa. Ahora bien, la Ley de Matrimonio Civil se limita a reconocer la existencia de esta situación fáctica, que se produce sin intervención judicial alguna, permitiendo que los cónyuges separados de hecho puedan regular, de común acuerdo, sus relaciones mutuas, especialmente en lo relativo a los alimentos que se deban y a materias relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, y si hubiere hijos, dicho acuerdo necesariamente deberá regular también el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular.

Es importante este acuerdo dado que, si cumple con los requisitos formales del artículo 22 de la LMC, otorgará fecha cierta al cese de la convivencia, el cual es un elemento central del fin de la vida en común en nuestro derecho de familia, no sólo en lo relativo a la separación, sino también por ser el primer peldaño para tramitar la acción de divorcio, cuando no se trate de un divorcio sanción.

Así, los efectos de la separación de hecho no se encuentran regulados en la LMC y serían aquellos que se encuentren en el acuerdo sobre las relaciones mutuas, incluso pudiéndose regular judicialmente si no se llega a tal acuerdo.

Habiendo cumplido los requisitos para que dé fecha cierta al cese de la convivencia, podríamos atribuirle adicionalmente los siguientes efectos:

- 1) Causa para solicitar la separación judicial, del artículo 27 inciso primero de la LMC.
- 2) Ineficacia de la causal de adulterio para impetrar la separación judicial, del artículo 26 inciso segundo de la LMC.
- 3) Causal para impetrar el divorcio por cese de la convivencia, del artículo 55 incisos primero y tercero de la LMC.
- 4) Exclusión de las consecuencias civiles y penales del abandono del hogar como transgresión grave de los deberes del matrimonio (Barrientos Grandón, 2011).

Un aspecto central a la hora de repasar el fin de la vida en común en nuestro derecho de familia es el cese de la convivencia. Esta circunstancia es una situación de hecho que implica que se ha dejado de observar la obligación conyugal de vivir juntos, tratada en los artículos 102 y 133 del CC. El elemento determinante del cese de la convivencia es el *animus separationis*, o la voluntad de apartarse de la vida en común, sin que sea relevante el *corpus separationis*, el hecho de la separación física de los cónyuges (Barrientos Grandón, 2018).

Precisamente, a la ley interesa determinar cuándo se produjo el cese de la convivencia, lo cual se toma en cuenta para computar los plazos de esta modalidad de divorcio. A este respecto, el acuerdo por el cual los cónyuges separados regulan sus relaciones mutuas le da fecha cierta al cese de la convivencia⁸.

⁸ Art. 22 LMC.

1.2.1.2. La separación judicial.

Nuestra Ley de Matrimonio Civil prevé dos causales para la separación judicial. Señala, en su artículo 26:

La separación judicial puede ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

A continuación, el artículo 27 establece la separación judicial por cualquiera de los cónyuges, cuando hubiere cesado la convivencia. En caso de ser una solicitud conjunta, deberán acompañar un acuerdo completo y suficiente sobre sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos.

La sentencia que declare la separación debe pronunciarse sobre cada una de las materias que indica el artículo 21 (acuerdo completo y suficiente), que no hayan sido reguladas o cuya regulación no procediere. Incluso de haber regulación en común, el tribunal deberá revisar tal acuerdo, y de oficio subsanar las deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente⁹. Deberá, además, liquidar el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, en caso de ser sociedad conyugal o participación de gananciales.

Respecto de los efectos de la separación judicial, estos son numerosos. El profesor Ramos Pazos (2010) estima como tales los siguientes:

- a) Una vez ejecutoriada y subinscrita al margen de la respectiva inscripción matrimonial, la sentencia será oponible a terceros y los

⁹ Art. 31 incisos primero y segundo LMC.

cónyuges adquirirán la calidad de separados, que no los habilita para volver a contraer matrimonio.

- b) Subsistirán los derechos y obligaciones personales de los cónyuges, a excepción de aquellos incompatibles con la vida separada de ambos, como los deberes de cohabitación y de fidelidad¹⁰.
- c) Se disuelve la sociedad conyugal o participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges.
- d) En principio, no afecta la sucesión por causa de muerte, a menos que se hubiere dado lugar a la separación por culpa de un cónyuge, quien no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido¹¹.
- e) El cónyuge que dio lugar a la separación judicial pierde el beneficio de competencia.
- f) Rigen reglas especiales en materia de alimentos, en particular, el cónyuge que dio lugar a la separación judicial tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de lo necesario para su modesta sustentación. Lo anterior, sujeto a ciertas reglas y moderaciones admitidas por el Código Civil en sus artículos 175 y 177.
- g) Los cónyuges separados deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades, debiendo el juez hacer la regulación en caso necesario.
- h) El hijo concebido durante el estado de separación no goza de la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil, salvo que medie, lógicamente, el reconocimiento voluntario¹².

¹⁰ Art. 33 LMC.

¹¹ Art. 994 CC.

¹² Art. 1790 inciso segundo CC.

- i) La sentencia firme de separación judicial autoriza para revocar todas las donaciones hechas por causa de matrimonio al cónyuge que dio motivo a la separación judicial¹³.
- j) Los cónyuges separados judicialmente pueden celebrar contratos de compraventa entre sí¹⁴.
- k) No se suspende la prescripción a favor de la mujer separada judicialmente de su marido¹⁵.
- l) No podrá concederse la adopción a los cónyuges mientras subsista la separación judicial¹⁶ (pp. 74-77)

Finalmente, la LMC regula además la reconciliación o reanudación de la vida en común, señalando que restablece el estado civil de casados y dispone que esta no revive la sociedad conyugal ni la participación en los gananciales, aunque los cónyuges podrán pactar por una sola vez este último régimen. A su vez, la reanudación de la vida en común no obsta a una nueva separación judicial, si ésta se funda en hechos posteriores a la reconciliación¹⁷.

1.2.2. La terminación del matrimonio.

El fin de la vida en común con disolución del vínculo matrimonial se da por la muerte de uno de los cónyuges, la muerte presunta, sentencia firme de nulidad o sentencia firme de divorcio. Además, puede terminar por voluntad del cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación de sexo y nombre de la

¹³ Art. 1776 CC.

¹⁴ Art. 1796 CC.

¹⁵ Art. 2509 CC.

¹⁶ Art. 20 inciso quinto de la Ley N° 19.620.

¹⁷ Arts. 38 a 41 MC.

ley N° 21.120, sobre Identidad de Género, modificada por la reciente Ley de Matrimonio Igualitario.

Respecto a la muerte natural, esto es, el cese absoluto e irreversible de los fenómenos de la vida, hace cesar el matrimonio extinguiendo los derechos derivados de él y, por regla general, extingue igualmente las obligaciones emanadas del mismo, con la excepción de la obligación de dar sepultura al cadáver.

La muerte presunta como causal de disolución del vínculo matrimonial requiere de una sentencia que declare la presunción de muerte, en conformidad al procedimiento establecido en los artículos 80 a 94 del Código Civil, así como del transcurso de diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia antes mencionada, salvo que el desaparecido tuviere más de 70 años, en cuyo caso sólo se exigirá el transcurso de cinco años.

Una vez ocurrida la muerte, se adquiere el estado civil de viudo o viuda, surgen los derechos hereditarios para el cónyuge sobreviviente y si ha existido sociedad conyugal debe liquidarse la comunidad que se genera entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido.

1.2.3. La nulidad matrimonial.

La nulidad matrimonial es la sanción legal de ineficacia respecto de los matrimonios celebrados con omisión de los requisitos de validez del mismo (Del Picó, 2016, p. 95). Se encuentra regulada en el capítulo V de la LMC, artículos 44 a 52.

El matrimonio que es declarado nulo se reputa jamás haber existido, debido a la concurrencia de una causal legal o impedimento que no fue observado en el momento de la celebración del matrimonio, ya sea por los contrayentes o por la autoridad habilitada para celebrar matrimonios. Es el supuesto de máxima ineficacia del matrimonio puesto que su declaración implica identificar una causa coetánea a la celebración del matrimonio que invalida este vínculo entre los cónyuges desde ese mismo momento (Del Picó, 2019, p. 520).

En nuestro ordenamiento, la nulidad matrimonial está dotada de ciertas particularidades. La distinguimos completamente de la nulidad civil, siendo incluso irrelevante distinguir entre nulidad relativa o absoluta, puesto que la LMC regula expresamente cada una de las materias que interesan a tal distinción, como los titulares de la acción, la admisibilidad para declarar de oficio la nulidad, la prescripción y la ratificación (Ramos Pazos, 2010, p. 81).

En lo que respecta a las causales, estas son las únicas que contempla la LMC (Ramos Pazos, 2010, pp. 82-83):

- a) Matrimonio celebrado existiendo alguno de los impedimentos dirimentes de los artículos 5° a 7° de la LMC.
- b) Falta de consentimiento libre y espontáneo de alguno de los contrayentes.
- c) Celebración del matrimonio ante testigos inhábiles o en menor número de los que la ley exige.

La titularidad de la acción de nulidad dependerá de la causal que se invoque, sin perjuicio de que por regla general corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges¹⁸.

La acción de nulidad matrimonial es imprescriptible. Así lo dispone el artículo 48 de la Ley de Matrimonio Civil. Sin embargo, esta misma disposición contiene a su vez varias excepciones que dependen de la causal invocada.

En cuanto a sus efectos, la nulidad deja a los cónyuges en la misma situación que tenían al momento de casarse, retro trayéndose al estado anterior. La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo. Estos efectos se producen entre las partes desde que la sentencia queda ejecutoriada, y para que sea oponible a terceros, deberá inscribirse marginalmente la sentencia de nulidad en la inscripción del matrimonio¹⁹.

Lo anterior implica, entre otras cosas, que no se ha producido parentesco por afinidad y que se entiende haberse formado una comunidad de bienes, por lo que no debe haber reparto de gananciales en el caso de la sociedad conyugal.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es posible solicitar la compensación económica correspondiente al cónyuge que ha sufrido un menoscabo económico por las causales que la hacen procedente, como veremos más adelante. También puede dar origen al llamado matrimonio putativo, aquel que, siendo nulo, la ley considera que produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, si bien dejará de producir los efectos civiles desde el momento en que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges. Así, por ejemplo, podrá el

¹⁸ Art. 46 LMC.

¹⁹ Art. 50 LMC.

cónyuge de buena fe conservar las donaciones que por causa del matrimonio le hizo o prometió hacer el otro cónyuge.

1.2.4. El divorcio en nuestro ordenamiento.

Respecto del divorcio existe una variedad de clasificaciones. Nos referiremos a aquellas que realizan una distinción según la existencia de causa.

Se conocen como sistemas con expresión de causa o causalista aquellos en que se exige invocar una motivación para acceder al divorcio, Los sistemas sin expresión de causa o incausados, son aquellos en que basta la mera voluntad de divorciarse, materializada en la solicitud de uno o ambos cónyuges, para que se decrete el divorcio. En estos sistemas no es necesario acreditar razón alguna (Del Picó, 2005).

El sistema chileno obedece a la primera categoría. Entre nosotros, el divorcio constituye una causa de término del vínculo matrimonial, que tiene su origen en una decisión judicial, dictada en un juicio iniciado por la demanda de uno de ellos, o de ambos, por las causales establecidas por la ley.

Así lo ha destacado la Corte de Apelaciones de Santiago:

"Que la Ley de Matrimonio Civil al consagrar el divorcio vincular, como una de las formas de poner término al matrimonio adscribió a lo que, en doctrina como en el derecho comparado, se denomina 'sistema causado', haciendo referencia a la causal que se invoca como fundamento de la demanda de divorcio, como también a su acreditación y prueba, resultando, para estos efectos, indiferente si la acción de divorcio es unilateral como ocurre en el caso de autos o bien cuando es bilateral, es

decir cuando es solicitado por ambos cónyuges, y del mismo modo cuando el demandado acepta la causal, no la controvierte, o se allana a la acción, de forma tal, en cualquiera de las hipótesis referidas, debe ser acreditado el hecho constitutivo de la causal que constituye el fundamento de la acción de divorcio²⁰”.

Por otra parte, la doctrina distingue el divorcio por culpa, el divorcio consensual y el divorcio remedio. El primero es un tipo de divorcio que tiene por causal la realización, por parte de uno de los cónyuges, de una conducta que implica la violación de los deberes conyugales, que amerita la sanción correspondiente, para restablecer las relaciones de justicia en la pareja. El divorcio consensual es aquel que reconoce el derecho de los cónyuges a ponerle fin al vínculo matrimonial de la misma manera en que se le dio origen, esto es, entendiéndolo como contrato y concurriendo la voluntad de ambos cónyuges. Finalmente, el divorcio remedio es considerado como tal por parte de la doctrina, pues tiene su sustento en la necesidad de terminar una relación conyugal intolerable. Aquí no se imputa culpa a alguno de los cónyuges, sino que se busca reconocer un hecho objetivo, como lo es el cese de la convivencia, para justificar de manera verificable la procedencia de la acción de divorcio (Del Picó, 2009, p. 533)

Muchas veces se ha confundido el divorcio con la separación de cuerpos. La primera Ley de Matrimonio Civil, de 1884, establecía un “divorcio” que en la práctica se trataba, efectivamente, de una simple separación de cuerpos, como se puede desprender del tenor de su artículo 19, que disponía que el divorcio no disuelve el matrimonio, sino que solo suspende la vida común de los cónyuges. La Ley de Matrimonio Civil de 2004 introdujo el divorcio vincular en Chile,

²⁰ Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 874-2012.

luego de un largo camino de proyectos fallidos y de discusión legislativa. El profesor Ramos Pazos (2010) resume magistralmente esta trayectoria:

En el año 1883, cuando se discutía la Ley de Matrimonio Civil, el diputado radical Manuel Novoa Somoza presentó una indicación para permitir que el matrimonio se disolviese. Posteriormente, se sucedieron diversos proyectos que no lograron convertirse en ley. Así tenemos, en el año 1914 hubo uno del diputado radical Alfredo Frigolett; en el año 1927, otro del diputado Santiago Rubio; en 1934, otro presentado por los senadores Luis Álamos, Hernán Figueroa, Octavio Señoret, Darío Barrueto y Rodolfo Michels; el año 1964, uno presentado por la diputada por Concepción Inés Enríquez Frödden; en el año 1969, el presentado por los diputados Alberto Naudón y Carlos Morales A. Posteriormente, cuando el país recobró su normalidad institucional, hubo tres proyectos de ley de divorcio; el primero, del año 1991, patrocinado por los diputados Laura Rodríguez, Adriana Muñoz, Víctor Barrueto, Roberto Muñoz y Mario Devaud; el segundo, presentado el año 1993 por los diputados Adriana Muñoz, Carlos Montes, Mario Devaud, Víctor Barrueto y Juan Pablo Letelier; y finalmente, el tercero, presentado el 11 de noviembre de 1995, que dio lugar a la ley que motiva este trabajo. En el ámbito académico, debe destacarse un completo proyecto elaborado por el profesor Fernando Fueyo Laneri, en el año 1972 (p.102).

Superada esta barrera que nos tenía como el único país latinoamericano y una de las últimas democracias del mundo que no había legislado sobre este tema (Délano 2004), veremos más adelante que aún quedan, en nuestro concepto, muchas más por superar, para quedar a tono con la legislación comparada.

Centrándonos de lleno en nuestra legislación contemporánea, tenemos establecido en la LMC un divorcio que puede conceptualizarse como la terminación del vínculo matrimonial por las causales expresadas en la ley, ya sea por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio a los cónyuges, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común; o bien por el cese de la convivencia durante los plazos establecidos en la ley.

Así, encontramos que en nuestro país el divorcio siempre obedece a una causal, ya sea por una falta imputable a uno de los cónyuges, o bien por el lapso que supone el cese de convivencia, el que dependerá de si la solicitud de divorcio se hace unilateralmente o de común acuerdo. Por tanto, nos encontramos con que en Chile tenemos un sistema de divorcio causado, y que puede clasificarse en divorcio por falta o divorcio sanción, y en divorcio remedio, que puede adoptar la modalidad de divorcio de común acuerdo o divorcio unilateral.

1.2.4.1. El divorcio por culpa.

El divorcio por culpa o divorcio sanción, considera la realización de un acto por parte de uno de los cónyuges, constitutivo de una violación de los deberes conyugales. Esto trae consigo la apreciación de un acto culpable que amerita la sanción correspondiente, para restablecer las relaciones de justicia en la pareja (Del Picó, 2015). Las causales consisten exclusivamente en faltas cometidas por un cónyuge en contra de otro.

Con respecto al divorcio por culpa, el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1° Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2° Trasgresión 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 trasgresión grave de los deberes del matrimonio;

3° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4° Suprimido;

5° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y

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

Como se puede desprender del párrafo anterior, las causales enumeradas no son taxativas. El juez, frente a una demanda de divorcio por causal imputable al otro cónyuge, deberá ponderar si hubo o no incumplimiento de los deberes, y si este incumplimiento fue de tal entidad que se haya hecho intolerable la vida en común. Así, nos encontramos con los elementos objetivo y subjetivo de este tipo de divorcio que, por lo demás, no requiere del cumplimiento de un plazo del cese de la convivencia para llevarse a cabo, como es el caso que veremos a continuación.

1.2.4.2. El divorcio de común acuerdo.

Respecto al divorcio de común acuerdo, nos referimos así a esta modalidad para distinguirla del divorcio unilateral, pero ambas son en realidad tipos de divorcio por cese efectivo de la convivencia, puesto que, a pesar de existir mutuo consentimiento entre los cónyuges respecto a la terminación del vínculo matrimonial, el divorcio de común acuerdo debe cumplir con requisitos adicionales para su procedencia, a saber:

- a) El transcurso de un año desde el cese de convivencia.
- b) La solicitud conjunta de los cónyuges
- c) La presentación de un acuerdo regulador de las relaciones mutuas y para con los hijos, que reúna las cualidades de completo y suficiente²¹.

El cese de la convivencia, que ya hemos tratado en alguna extensión respecto de la separación judicial, puede probarse de las siguientes maneras:

²¹ Art. 55 LMC.

- a) Por alguno de los instrumentos del artículo 22 de la LMC, a saber: escritura pública o acta protocolizada ante notario; acta ante oficial del Registro Civil, o transacción aprobada judicialmente.
- b) Por la notificación de la demanda de regulación de sus relaciones mutuas²².
- c) Cuando uno de los cónyuges haya expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos del artículo 22 de la LMC y se haya notificado al otro cónyuge²³.
- d) Cuando uno de los cónyuges ha dejado constancia de su intención de poner fin a la convivencia ante el juzgado correspondiente y ello sea notificado al otro cónyuge²⁴.

Una importante excepción a estas reglas probatorias la representa el caso de los matrimonios celebrados con anterioridad al 11 de noviembre de 2004, fecha en que entró en vigencia la LMC. Las partes no tienen limitaciones para probar el cese de la convivencia, más allá de que la sola confesión no sea suficiente. Los tribunales pueden ponderar esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, acogiendo la demanda si los medios de prueba aportados por las partes permiten formar plena convicción sobre este hecho²⁵.

Ahora bien, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia ha precisado que los artículos 28 y 29 de la LTF, establecen la libertad probatoria en los asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Familia, así como la posibilidad de que el Juez pueda, de oficio, ordenar que se acompañen aquellos medios de prueba que, a su juicio, resulten necesarios producir en atención al

²² Art. 25 LMC.

²³ Art. 25 inciso segundo LMC.

²⁴ Art. 25 inciso segundo LMC.

²⁵ Art. 2° transitorio, inciso tercero LMC.

conflicto familiar de que se trate²⁶. Esta postura, que implica que se puede esgrimir cualquier medio probatorio para acreditar el cese de la convivencia, independiente de la fecha de celebración del matrimonio, también ha sido avalada por el Tribunal Constitucional²⁷.

Cuando nos referimos a un acuerdo completo y suficiente, el mismo artículo 55 de la LMC señala, en su inciso segundo, que será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21, esto es, los alimentos que se deban, las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio y, si hubiere hijos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no lo tuviere bajo su cuidado; el acuerdo será suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y busca establecer relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges.

Si bien, como veremos más adelante, es habitual que la solicitud de divorcio deba venir aparejada de la presentación de un acuerdo regulador de las materias pertinentes a la disolución del vínculo matrimonial, según sean las circunstancias del matrimonio, la exigencia de que haya transcurrido un plazo desde que se comprobó el cese de la convivencia supone, a nuestro juicio, una intromisión de la ley que tiene por espíritu “salvar” el matrimonio, con una medida poco conducente a ello y que ya ha sido dejada atrás por numerosas legislaturas a nivel comparado, suponiendo en la mayoría de los casos un obstáculo temporal para la obtención del divorcio. Esto se relaciona en particular con el llamado principio de protección al matrimonio, según el cual

²⁶ Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol 170-2010.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 2207-12.

el sistema legal le brinda una especial relevancia al matrimonio, reconociéndolo como “el vínculo jurídico privilegiado de ordenación de la relación afectiva de pareja en nuestro ordenamiento” (Del Picó, 2009, p. 195). En efecto, de la redacción del artículo 3° de la LMC, en que se establece que “el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada”, podemos desprender este interés del legislador en promover, incluso antes del supuesto interés de un cónyuge en divorciarse, otros bienes que pueden ser vistos como superiores, como el interés superior de los hijos o la preservación de la vida en común de un matrimonio válidamente contraído.

Esta exigencia del legislador, de observar un plazo de cese de la convivencia, se vuelve aún más gravosa en el caso que veremos a continuación, en que no hay un acuerdo entre los cónyuges para pedir el divorcio.

1.2.4.3. El divorcio unilateral.

Esta modalidad de divorcio solo requiere que la solicite cualquiera de los cónyuges, mientras se haya producido un cese efectivo de la convivencia conyugal, durante a lo menos 3 años, plazo que debe entenderse cumplido al momento de notificarse la demanda (Ramos Pazos, 2010).

Otro requisito propio de esta modalidad de divorcio es la llamada cláusula de dureza, la cual está establecida, en términos procesales, como una suerte de excepción a la acción de divorcio unilateral. Según ella, si, a solicitud de la parte demandada, el juez verifica que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado a su obligación de alimentos

respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo, no habrá lugar al divorcio.

Como vimos anteriormente, y de la historia fidedigna de la ley, podemos entender que esta regla del inciso 3° del artículo 55 de la LMC pretende, a lo menos, vedar la posibilidad de obtener el divorcio al cónyuge que no ha cumplido con algunas obligaciones propias del matrimonio, así como proteger el interés del cónyuge más débil y el interés superior de los hijos. Esta regla, a su vez, consiste en una circunstancia objetiva, que evita la discrecionalidad judicial (Barrientos, 2018, p. 418).

1.2.5. La voluntad del cónyuge de la persona que obtuvo la rectificación de la Ley 21.120.

La Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, en adelante LIG, establece un procedimiento para que el o la cónyuge de una persona que ha obtenido la rectificación de sexo y nombre registral en función de su identidad de género, pueda solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Antes de la Ley de Matrimonio Igualitario, tras la rectificación de sexo declarada por el juez, en ese mismo acto, se declaraba la terminación del matrimonio en virtud del artículo 42 número 5° de la LMC, cuya causal alude directamente a la “sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género”, precisamente para evitar los resultantes matrimonios entre personas del mismo sexo. Esta cuestión, de ahora en adelante, será un procedimiento de carácter voluntario, prevista en el nuevo artículo 19 de la LIG:

DE LA SOLICITUD DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL. El o la cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación de la presente ley, podrá concurrir al tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio de cualquiera de los cónyuges, a fin de solicitar que ordene la disolución del vínculo matrimonial. La solicitud se podrá formular dentro del plazo de seis meses contado desde la notificación o información señalada en el artículo anterior.

Así, cuando se acoge la solicitud administrativa de rectificación de una persona con vínculo matrimonial vigente, el Servicio de Registro Civil e Identificación informará de esa rectificación a su cónyuge²⁸. El o la cónyuge podrá, luego, concurrir al tribunal correspondiente a fin de solicitar que ordene la disolución del vínculo matrimonial. Esta solicitud solo se podrá formular dentro del plazo de seis meses, contados desde la notificación o información señalada en el párrafo precedente. Recibida la solicitud, el juez la admitirá a tramitación y citará a los cónyuges a audiencia preparatoria de juicio.

En este procedimiento, los cónyuges tendrán derecho a demandar compensación económica. En todo caso, respecto de la disolución del vínculo matrimonial, el juez se pronunciará en la sentencia definitiva con el solo mérito de la solicitud, procediendo en el mismo acto a declarar la terminación del matrimonio, y regulará sus efectos. Asimismo, el juez resolverá cualquier otra materia que se hubiere ventilado en el procedimiento. En virtud de la causal de término del matrimonio establecida en el numeral 5° del artículo 42 de la LMC,

²⁸ Art. 18 LIF.

los comparecientes se entenderán para todos los efectos legales como divorciados.

1.3. El acuerdo de unión civil y su disolución.

La Ley 20.830 reguló e incorporó al ordenamiento jurídico el acuerdo de unión civil (en adelante AUC), que entró en vigencia el 21 de octubre de 2015. El artículo primero de dicha ley lo define, señalando que es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente.

La anterior definición nos permite establecer, en términos generales, que se trata de un contrato solemne que se celebra entre dos personas, sin importar su sexo, y que produce vínculos de familia.

El AUC otorga el estado civil de conviviente civil mientras se mantenga vigente. En virtud del AUC se genera el parentesco por afinidad con los consanguíneos del otro conviviente civil. Es un contrato puro y simple, que no puede sujetarse a plazo, condición, modo ni gravamen alguno ni tampoco prometerse su celebración²⁹.

En las materias relativas a sus efectos, la Ley 20.830 se remite en diversas materias tanto al Código Civil (cuidado personal, presunción de paternidad, etc.) como a la LMC (impedimentos dirimentes, nulidad, etc.). En lo medular, el AUC contempla el deber de ayuda mutua y de solventar los gastos ocasionados por la vida en común, conforme a las facultades económicas de los

²⁹ Art. 3 Ley 20.830.

convivientes y al régimen patrimonial existente³⁰. No se consagra un deber de alimentos recíproco entre los convivientes civiles, ni los deberes de fidelidad, de respeto y protección mutua, ni del auxilio para la litis, como sí están previstos para el caso del matrimonio.

La distinción más relevante que debemos hacer en esta sección, sin embargo, es aquella que dice relación con la terminación del AUC. Regulado en su artículo 26, la Ley 20.830 establece que el acuerdo de unión civil terminará por:

- a) Muerte natural de uno de los convivientes civiles.
- b) Muerte presunta o comprobación judicial de la muerte.
- c) Matrimonio ente los convivientes civiles.
- d) Mutuo acuerdo de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante el oficial del Registro Civil.
- e) Voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante el oficial del Registro Civil.
- f) Declaración judicial de nulidad del acuerdo.

Por su parte, el artículo 28 sucintamente declara que el término del acuerdo de unión civil pondrá fin a todas las obligaciones y derechos cuya titularidad y ejercicio deriven de la vigencia del contrato.

Cabe destacar que en el caso del AUC, se permite que por la sola concurrencia de la voluntad de los convivientes civiles, e incluso por la sola

³⁰ Art. 14 Ley 20.830.

voluntad de uno de ellos, se llegue a la terminación del acuerdo, casos reflejados en los numerales d) y e) del referido artículo 26 de la Ley 20.830. En cualquiera de estos casos, únicamente deberá notificarse al otro conviviente civil mediante una gestión voluntaria ante el tribunal de familia, y aun así esta notificación no es requisito de eficacia de la terminación, y la sanción es solamente una eventual responsabilidad si se generan daños.

Llama la atención que, en la discusión legislativa, en segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados aprobó una indicación para agregar un inciso segundo a la letra d) del artículo 26, buscando resguardar el interés superior de los hijos, si los hubiere, cuando los convivientes civiles terminaren el acuerdo por mutuo consentimiento. En dicho inciso se señalaba que: “En este caso deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a los hijos comunes, en la forma prevista en el artículo 21 de la Ley N° 19.947”. En la Comisión Mixta, finalmente, se eliminó esta regla, de tal manera que la letra d) de este artículo quedó de la manera antes señalada en el listado. Algunos de los argumentos que se esgrimieron en la Comisión de Constitución en contra de esta propuesta fueron que esta exigencia haría más compleja la aplicación de esta causal, y que tal indicación implicaría que la causal no opere, puesto que los convivientes preferirían el camino más fácil, el de la causal de término unilateral³¹.

Resulta interesante que, finalmente, preponderó el interés en facilitar el ejercicio de las causales tanto de término de mutuo acuerdo como de término unilateral, al no someterlas a la exigencia de presentar un acuerdo sobre las

³¹ Historia de la Ley 20.830. Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara. Boletines N° 7011-07 y 7873-07.

relaciones mutuas y para con los hijos, o de acreditar el cumplimiento de obligaciones alimenticias en el caso del término unilateral. Podría entenderse que se ha hecho un ejercicio de ponderación de derechos en desmedro del interés del conviviente más débil y del interés superior del niño, dejándose entrever, tanto de la discusión legislativa como de la normativa resultante, que pareciera carecer la conservación del vínculo del acuerdo de unión civil de la protección y estatus de privilegio que se le otorga al vínculo matrimonial. Lo anterior es patente dada la ausencia de normas de carácter declarativo que puedan ir en este sentido, a diferencia de lo que ocurre con la LMC que, como ya vimos, procura en ocasiones relacionar la estabilidad del vínculo matrimonial directamente con la estabilidad familiar.

1.4. La compensación económica.

Cuando hablamos de compensación económica, nos referimos al derecho que asiste a uno de los cónyuges o convivientes civiles cuando, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, no pudo durante el matrimonio o el AUC desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio, la nulidad o la disolución del AUC, sufrirá por esta causa.

El artículo 62 de la LMC establece cuáles son los criterios a los que debe atender especialmente el juez a la hora de fijar la compensación económica:

- a) Duración del matrimonio o del AUC y de la vida en común.
- b) Buena o mala fe.

- c) Edad y estado de salud del cónyuge o conviviente civil beneficiario.
- d) Situación previsional y beneficios de salud.
- e) Cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral.
- f) Colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge o conviviente civil.

Las partes pueden determinar el monto de la compensación económica mediante escritura pública o acta de avenimiento, sometida a la aprobación del Juzgado de Familia respectivo, o bien puede ser fijado por el tribunal si es que no hay acuerdo, pudiendo exigirse la compensación económica en la demanda respectiva o bien con posterioridad a ella.

Capítulo II. Aproximación al divorcio en sede extrajudicial en el derecho comparado.

2.1 Aproximación al divorcio administrativo.

Al hablar de divorcio administrativo nos referimos, en términos generales, a la disolución del vínculo matrimonial solicitada por los cónyuges ante una entidad estatal distinta de un tribunal, institución que se pronuncia sobre la solicitud o la deriva a otra de las mismas características.

Una de las influencias más antiguas para el mundo occidental en este aspecto fue un decreto de 19 de diciembre de 1917 dictado por el gobierno soviético, en donde se introducía una forma de divorcio administrativo que permitía a los cónyuges acudir de común acuerdo ante el oficial del estado civil para solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Posteriormente, el Código

de la Familia ruso de 1926 amplió este tipo de divorcio para permitir que fuese solicitado de forma unilateral por cualquiera de los cónyuges sin posibilidad de oposición y con notificación posterior a la disolución del matrimonio, pues según las ideas soviéticas, tanto el matrimonio como el divorcio eran simplemente hechos que solo tenían relevancia para los interesados (Kos-Rabcewicz Zubkowski, 1961).

A pesar de que el Código Civil japonés de la era Meiji lo reguló con anterioridad, esto obedeció a cuestiones culturales locales (Chiba et al., 2005). Por otra parte, el derecho soviético tuvo mayor influencia en occidente como producto de la guerra fría, influencia que no podría alcanzarse por un país oriental tan centrado en sus propias costumbres como lo es Japón.

Entre los países que han regulado el divorcio administrativo, la tendencia apunta a entregarle la competencia sobre él al registro civil o un órgano funcionalmente análogo, según la legislación de la nación específica.

Debemos tener en consideración que existen diferencias en cuanto a si se admite o no el divorcio cuando en el matrimonio hay hijos menores de edad, pues algunas legislaciones lo impiden tajantemente, otras lo permiten solo si se acompaña un acuerdo en el cual se regulen las materias concernientes a los hijos e incluso hay países que no consideran esto necesario, tratando el divorcio y las responsabilidades parentales como temas separados. Algo similar ocurre con el requisito de haber liquidado los bienes comunes del matrimonio antes de la solicitud, pues en algunas legislaciones esto es una exigencia, pero otras no se refieren a ello.

A continuación examinaremos algunas de las distintas legislaciones que han regulado formas de divorcio que podemos considerar que tienen una tramitación administrativa.

2.2 Países que regulan el divorcio administrativo.

2.2.1. México.

En México la implementación del divorcio con disolución de vínculo sufrió retrasos producto de la influencia que la Iglesia Católica y sus adherentes presentaban en las cuestiones de estado, tal como ocurrió en el resto de América Latina. En el año 1859, bajo el ideal de la separación entre los asuntos civiles y eclesiásticos, se establece la primera Ley de Matrimonio Civil en dicho país, la cual incluye la figura del divorcio temporal sin disolución de vínculo, similar al divorcio que existía en Chile antes de la entrada en vigencia de la actual LMC del año 2004. Posteriormente, en 1914 se dicta en México la Ley del Divorcio Vincular, que permitió a los cónyuges dar término a su actual matrimonio y quedar aptos para contraer uno nuevo. A pesar de que este divorcio era esencialmente causado, desde el principio se reconoció como una de las causales el mutuo consentimiento de los cónyuges (Soto, 2015).

En 1928 se dicta un nuevo Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), que entraría en vigencia el año 1932. En este código se regula la posibilidad de que ambos cónyuges de común acuerdo soliciten el divorcio por vía administrativa, desjudicializándolo para aquellos casos.

El divorcio voluntario ya no es una causa, sino que se da con el simple acuerdo de voluntades como una forma de poner fin al matrimonio, aplicándose aquella máxima del Derecho que las cosas se deshacen como se hacen; si ambas voluntades expresaron su voluntad de unirse en matrimonio, son las mismas voluntades las que lo deben dar por terminado; obviamente que esto se dificultaba cuando uno de ellos no quería, lo que hacía muy difícil o casi imposible esta especie de divorcio (Soto, 2015, pp. 186-187).

En términos generales podemos decir que en este país existen los siguientes tipos de divorcio:

- a) Divorcio voluntario administrativo, tramitado ante el registro civil y solicitado por ambos cónyuges.
- b) Divorcio voluntario contencioso, que se tramita por vía judicial y en el cual los cónyuges están de acuerdo en el hecho del divorcio, mas no cumplen con los requisitos necesarios para solicitarlo por vía administrativa.
- c) Divorcio necesario o causal, el cual procede al no existir acuerdo entre los cónyuges acerca del divorcio y debe solicitarse ante el tribunal competente invocando el cumplimiento de alguna de las causales que la ley establece.
- d) Divorcio unilateral por vía judicial, el cual solo se aplica en Ciudad de México y que se produce solo por la petición de uno de los cónyuges ante el tribunal competente sin necesidad de invocar causal alguna. El juicio entre ambos cónyuges solo versaría sobre las materias relativas a los hijos y bienes del matrimonio si no pudiese llegarse a acuerdo respecto de ellas.

Específicamente sobre el tema que nos convoca, el divorcio por vía administrativa en México, podemos mencionar que éste tiene los siguientes requisitos:

- a) El matrimonio debe haberse celebrado al menos un año antes de la solicitud de divorcio.
- b) Si estuviesen casados bajo el régimen de sociedad conyugal, ésta debe haberse liquidado de común acuerdo.
- c) No deben existir hijos en común o, de haberlos, éstos deben ser mayores de edad.

Según el Código Civil Federal de México, la tramitación se lleva a cabo ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio, que levantará acta de la solicitud conjunta y citará a ambos cónyuges quince días después para que ratifiquen su voluntad. Hecha la ratificación, el juez los declarará divorciados y procederá a la inscripción del divorcio.

Si posteriormente se descubriera que no se cumplía con los requisitos legales, podría dejarse sin efecto el divorcio, subsistiendo el matrimonio (Soto, 2015).

Por otra parte, el Código Civil para Distrito Federal, que es aplicable en Ciudad de México, tiene distintas exigencias. Éstas se extraen del artículo 272:

- a) El matrimonio debe hacerse celebrado hace al menos un año.
- b) Los cónyuges deben ser mayores de edad.
- c) Si están casados en sociedad conyugal, ésta debe haberse liquidado.
- d) La cónyuge no debe estar embarazada.
- e) No debe haber hijos en común, a menos que sean mayores de edad. Si hay hijos mayores de edad, éstos no deben requerir alimentos.

No pasa desapercibida la prohibición para la mujer embarazada consagrada como un requisito negativo. Podemos deducir que dice relación con evitar confusiones en cuanto a la filiación del hijo que está por nacer, sin embargo, creemos que no es justificación suficiente, toda vez que la simple constatación del hecho del embarazo durante el matrimonio podría resolver fácilmente todo conflicto respecto de las presunciones de paternidad.

En este caso el funcionario competente también es el juez del registro civil, aunque no se especifica la competencia territorial. El juez identificará a los cónyuges y les permitirá ratificar en ese mismo acto la solicitud de divorcio, por lo que no proceden los quince días de espera que establece el código federal.

La ley añade que si se verifica que no se cumplían los requisitos legales, el divorcio quedará sin efecto y, además, se aplicarán las sanciones procedentes.

2.2.2. Perú.

En la República del Perú existe desde el año 2008 la posibilidad de tramitar divorcios de común acuerdo en forma desjudicializada tanto por vía notarial como por vía administrativa, siendo esta última a la cual nos referiremos en este apartado.

La Ley N° 29227 regula el procedimiento no contencioso para la tramitación de la separación convencional y posterior divorcio ante notarías y municipalidades. Debemos señalar que en Perú las municipalidades realizan funciones similares a las nuestras en Chile, siendo su finalidad la establecida en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Municipalidades de Perú:

“Las municipalidades son los órganos del Gobierno Local, emanadas de la voluntad popular. Como personas jurídicas de derecho público interno, tienen autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia”

En ambas sedes debe solicitarse, en primer lugar, la separación convencional señalando por escrito el nombre de cada solicitante, sus documentos de identidad y el último domicilio conyugal. El documento será firmado, llevará la huella digital de cada cónyuge y, además, solo puede ser presentado si han transcurrido al menos dos años contados desde la celebración del matrimonio.

Además de lo anterior, se requiere que los siguientes documentos se acompañen a la solicitud:

- a) Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges.
- b) Acta o copia certificada de la partida de matrimonio, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.
- c) Declaración jurada, con firma y huella digital de cada cónyuge, en la que declaren no tener hijos menores de edad o hijos mayores con alguna incapacidad.
- d) Acta o copia certificada de la partida de nacimiento, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, y copia certificada de la sentencia firme o acta de conciliación que trate sobre los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia (que nosotros conocemos como cuidado personal) y de visitas de los hijos menores o mayores con incapacidad, si el matrimonio los tuviera.

- e) Escritura pública de separación de patrimonios o declaración jurada, con firma y huella digital de ambos, en que declaren carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales.
- f) Escritura pública de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso.

El alcalde, que no dista del alcalde chileno en cuanto a requisitos de elección y funciones, recibirá la solicitud y verificará el cumplimiento de los requisitos ya enumerados para posteriormente citar a ambos cónyuges a una audiencia dentro del plazo de 15 días. La revisión de los requisitos y plazos antes enumerados será revisada por el abogado de la municipalidad o el área legal de ésta, según sea el caso.

La audiencia a la que se cita tiene por fin que los cónyuges ratifiquen la voluntad expresada en la solicitud y, ocurrido esto, el alcalde los declarará separados por resolución de alcaldía.

Una vez que hubiesen transcurrido dos meses desde la resolución que declaró la separación convencional, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde la disolución del vínculo matrimonial, la que deberá resolverse en un plazo no mayor a 15 días. Posteriormente, el alcalde procederá a la inscripción de la resolución que acoge el divorcio.

Llama la atención este plazo de al menos dos meses durante el cual los cónyuges deben estar separados, pues parece conciliar el deseo de una tramitación rápida del divorcio con el interés de proteger el vínculo matrimonial, otorgando un plazo dentro del cual los cónyuges podrían reconciliarse y retractarse en su decisión.

También debemos mencionar que no toda municipalidad consta con la facultad de tramitar la separación y posterior divorcio, sino que éstas deben ser acreditadas por certificado del Ministerio de Justicia de Perú. El artículo 16 del reglamento de la ley de divorcio convencional indica que, para su acreditación, una municipalidad debe cumplir con la condición de tener una Oficina de Asesoría Jurídica con titular debidamente designado o, en su defecto, con un abogado autorizado para dar cumplimiento a la revisión de los requisitos de la solicitud hecha por los cónyuges.

2.2.3. Italia.

En Italia existe un régimen de divorcio por cese de convivencia y desde el año 2014, por decreto-ley número 132 de 12 de septiembre, se incorporó la posibilidad de que los cónyuges solicitasen en conjunto la disolución del matrimonio en sede administrativa, que puede tramitarse con o sin la asesoría de abogados.

El funcionario competente ante el cual se tramita este tipo de divorcio es el alcalde que, por decreto del Presidente de la República número 396 del 3 de noviembre del año 2000, cumple funciones de oficial de registro civil.

Para llevar a cabo la solicitud, los cónyuges no deben tener hijos menores de edad, hijos que padezcan algún tipo de discapacidad o hijos que no sean económicamente autosuficientes. La presentación misma consiste en un acuerdo, en el cual ambos cónyuges declaran su intención de divorciarse. La ley añade que en dicho acuerdo no es posible hacer cesiones patrimoniales.

Luego de recibida la solicitud, ambos cónyuges son citados para comparecer personalmente ante el alcalde y ratificar el contenido de su declaración conjunta. La inasistencia a esta audiencia tiene como consecuencia la falta de confirmación del acuerdo.

Debemos señalar que, debido a lo dispuesto por el decreto-ley 132 ya mencionado, en Italia es posible que quienes no cumplen los requisitos para solicitar el divorcio por vía municipal, lo resuelvan mediante una negociación asistida por abogados, institución consagrada en la misma norma con el fin de acelerar la resolución de conflictos de naturaleza civil.

2.2.4. Portugal.

El divorcio se incorporó al ordenamiento jurídico portugués gracias al decreto-ley número 261/75, de 21 de mayo de 1975, el cual establecía un sistema de divorcio judicial e incausado. Posteriormente, en el año 2001, se promulga el decreto-ley número 272/2001, que entrega al registro civil la competencia exclusiva para recibir, tramitar y resolver las solicitudes de divorcio y separación hechas de mutuo acuerdo entre los cónyuges. Desde el año 2008, con la llegada de la ley 61/2008, se amplía el divorcio de común acuerdo en sede administrativa para permitir su procedencia incluso cuando en el matrimonio existan hijos menores de edad o que sufran de alguna discapacidad, otorgando al Ministerio Público la atribución de velar por el interés de éstos.

El procedimiento se inicia mediante una solicitud firmada por los cónyuges o sus abogados y presentada ante el registro civil. Además de

acompañar los documentos requeridos para la partición de bienes, regulada en el artículo 271 del Código de Registro Civil, los solicitantes deben presentar un acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad si existieran hijos menores y esta materia no se hubiese regulado por vía judicial. Este acuerdo se remitirá al Ministerio Público del juzgado de primera instancia con competencia tanto en la materia como en el territorio antes de fijarse fecha de audiencia, para que se pronuncie sobre sus contenidos dentro del plazo de 30 días. Si el Ministerio Público considera que el acuerdo no protege en forma suficiente los intereses de los hijos menores, los solicitantes podrán modificarlo de acuerdo a sus observaciones o presentar uno nuevo, el cual también será revisado. Si los cónyuges no cumplen con las modificaciones sugeridas e insisten en su intención de divorciarse, el proceso será remitido al tribunal competente.

Una vez recibida la solicitud, se citará a ambos cónyuges a una audiencia e instará a la conciliación. Si la voluntad conjunta de proceder con el divorcio persiste y se cumple con los requisitos legales, se decretará el divorcio y se hará la inscripción correspondiente.

Llama la atención lo simple y permisivo del sistema de Portugal, que no solo ha abierto la puerta al divorcio por vía administrativa, sino que también ha dejado atrás la restricción para aquellos matrimonios con hijos menores de edad sin dejarlos desprotegidos aprovechando la figura del Ministerio Público del tribunal, que en nuestro sistema existe a nivel de Corte de Apelaciones y Corte Suprema como Fiscalía Judicial, la cual parece compartir la función general de velar por la correcta administración de justicia y proteger los intereses que la ley le ha encomendado.

2.2.5. Japón

Si bien en Japón existieron figuras jurídicas que permitían disolver el vínculo matrimonial, éstas se acercaban más a lo que podríamos llamar un “rechazo” del marido hacia la mujer por causales determinadas. Es la llegada del Código Civil durante la era Meiji, en el año 1898, la que establece una figura de divorcio que se asemeja más a la que conocemos en el mundo occidental. Es curioso que la recepción popular del divorcio en Japón fuese más bien pacífica e incluso se dice que el pueblo japonés prefería un sistema que operase fuera de tribunales (Wagatsuma et al., 1999). La moderna regulación japonesa ya incluía nociones que hoy podemos llamar más bien recientes en occidente, como la consagración de un divorcio de común acuerdo sin necesidad de examinar las causales que dieron paso a éste, ideas que toman popularidad en América y Europa en la década de 1970 (Chiba et al., 2005).

Teniendo en consideración los factores ya mencionados, el divorcio de común acuerdo en Japón opera por vía administrativa y en su regulación se señala que le son aplicables las mismas normas que a la celebración del matrimonio. En tal sentido, la notificación de matrimonio se presenta ante el registro civil por escrito y con la firma de ambos contrayentes, además de que dos testigos deben firmar o hacer fe verbalmente (Artículos 763, 764 y 765 del Código Civil Japonés, en relación con el artículo 739 del mismo texto legal).

Al acuerdo señalado debe añadirse un contrato celebrado por los cónyuges ante notario, en el cual regulen el reparto de los bienes gananciales y las materias concernientes a los hijos, es decir, el cuidado personal, el ejercicio de la patria potestad, la distribución de sus gastos y el régimen de relación directa y regular. Este contrato incluye una cláusula especial, *kyosei shikko*, que

autoriza a la ejecución de los bienes de la parte que incumpla con sus obligaciones, a fin de satisfacer el pago de las mismas. En caso de que no haya consenso sobre las materias tratadas en el acuerdo, los cónyuges pueden solicitar al tribunal de familia competente que opere como mediador, dictando una sentencia fundamentada en el acuerdo de las partes o, en último caso, deberán regular sus intereses patrimoniales y respecto de los hijos en un juicio que se inicia por demanda ante un tribunal de primera instancia (Miguel Culaciati, 2018).

Con el mismo fin de disolver el vínculo matrimonial, pero mucho de menor uso por cuestiones culturales, existe la opción del divorcio por vía judicial en el artículo 770 del Código Civil, el cual solo puede solicitarse por las siguientes causales:

- a) Cuando el otro cónyuge ha cometido adulterio.
- b) Si el otro cónyuge ha abandonado maliciosamente al que solicita el divorcio.
- c) Si se desconoce desde hace tres o más años el hecho de que el otro cónyuge siga o no con vida.
- d) Cuando un cónyuge padezca una enfermedad mental grave y su recuperación sea poco probable.
- e) Si existieran otros motivos graves que dificulten la continuidad del matrimonio.

La misma norma señala que, en el caso de las primeras cuatro causales, el tribunal puede desestimar la solicitud de divorcio si, a su criterio, es oportuno continuar el matrimonio según las circunstancias del caso específico.

De esta manera, luego de revisar algunas de las normas japonesas y una pincelada de los trasfondos culturales tras ellas, podemos comprender que para la sociedad japonesa tanto el matrimonio como el divorcio son asuntos que, preferiblemente, deben tratarse en forma personal por aquellos que son parte de esa relación. Fortalece nuestra opinión el hecho de que el mismo documento que debe presentarse ante la autoridad civil es tratado como “notificación”, dando a entender que por aquel acto las partes cumplen un deber civil de dar aviso al estado acerca de su ruptura matrimonial. En este sentido, parece ser la voluntad libre de los cónyuges el fundamento base del divorcio y no el permiso de una autoridad estatal, lo que aparenta ser una visión más cercana a la concepción del matrimonio como un contrato.

2.2.6. Rumania

Ya adelantábamos que en Rumania existe un sistema de divorcio mixto en el cual las personas pueden solicitarlo por tres vías: judicial, notarial y administrativa. En este apartado haremos una breve descripción del procedimiento administrativo de divorcio regulado en el Código Civil rumano.

La institución competente para la tramitación del divorcio administrativo es el Registro Civil del lugar del matrimonio o del último domicilio familiar de los solicitantes, como lo indica el artículo 375 del Código Civil de Rumania. Además, los cónyuges no deben tener hijos menores nacidos dentro o fuera del matrimonio, sean biológicos o adoptados.

El artículo 376 del cuerpo legal citado indica el procedimiento a seguir, el cual se inicia mediante una solicitud conjunta ante el registrador civil, quien

al recibirla les otorga un plazo de reflexión de 30 días, tras el cual ambos cónyuges deben comparecer personalmente ante su presencia. Si en la audiencia ambos cónyuges insisten en su intención de divorciarse, el funcionario verificará que su consentimiento sea libre y exento de vicios y, una vez hecha esta verificación, expedirá acta de divorcio.

2.2.7. Noruega.

El Reino de Noruega presenta un sistema de divorcio mixto, con la posibilidad de demandarlo tanto por vía judicial como administrativa. El divorcio por vía judicial, según el artículo 27 del Ley de Matrimonio de Noruega, queda reservado para los siguientes casos específicos:

- a) Cuando se alegue que el otro cónyuge ha intentado dar muerte o haya expuesto a severos malos tratos al solicitante o a sus hijos. Además, cuando las conductas del otro cónyuge levanten un temor grave de que esas conductas puedan ocurrir.
- b) Si uno de los cónyuges ha sido forzado mediante conductas ilícitas a contraer matrimonio.
- c) Cuando se vulnera el requisito de haber cumplido 18 años para contraer matrimonio. Lo mismo ocurre si se trasgrede la prohibición de contraer matrimonio con parientes cercanos (ascendientes y descendientes en toda la línea recta, y los hermanos o hermanas).
- d) En caso de que el hecho que da lugar al divorcio es la existencia de un vínculo matrimonial previo y vigente.

- e) Cuando al demandar el divorcio por cese de la cohabitación por dos años, los cónyuges no estén de acuerdo respecto del cumplimiento de aquel requisito.
- f) En todo caso, cuando quien inicia el procedimiento sea el tutor de uno de los cónyuges.
- g) Si el divorcio se solicita con ocasión de un juicio relacionado que se tramita ante el tribunal competente, sin importar la causal de divorcio invocada.

Salta a la vista que algunas de estas causales serían suficientes para demandar la nulidad de matrimonio bajo la ley chilena. Ocurre que, en la misma ley noruega ya citada, la nulidad de matrimonio se encuentra restringida no solo por causales, sino que por plazos breves que, en algunos casos, no pasan de los seis meses.

En cuanto al divorcio administrativo, éste se tramita ante el gobernador del condado, siendo la modalidad más prevalente de divorcio pues, como señalábamos, la vía judicial está reservada a casos específicos. Esta autoridad también es la competente para declarar la separación de los cónyuges, que luego de un año autoriza a cualquiera de ellos para solicitar el divorcio de forma unilateral y sin importar si hay acuerdo o no en materias como repartición de bienes o pensiones que se deban, ya que tales materias pueden resolverse con posterioridad (Ministerio de Infancia e Igualdad de Noruega, 2009).

De igual manera a la descrita para la separación, si los cónyuges han cesado en su convivencia por al menos dos años, sin estar separados legalmente, cualquiera de ellos puede solicitar el divorcio ante la autoridad administrativa, la cual le dará curso a menos que el otro cónyuge niegue que ha transcurrido el

término indicado por la ley, en cuyo caso el divorcio se remitirá a un tribunal para ser tramitado ante él.

Sorprende la simplicidad de la separación y posterior divorcio en este sistema pues, si se cumple con los requisitos, basta la solicitud unilateral para que se declare la separación o divorcio, según el caso.

Si los cónyuges tienen hijos menores de 16 años, deben asistir a una mediación obligatoria antes de llevar el caso de separación o divorcio ante la autoridad administrativa para regular las materias concernientes a su responsabilidad parental (MIIN, 2009). Según el artículo 26 de la Ley de Matrimonio de Noruega, esta mediación no será requerida si el caso ya hubiese llevado a conocimiento de un tribunal. En todo caso, la autoridad administrativa se encuentra asistida de personal capacitado con formación jurídica suficiente como para acompañar a los cónyuges en la tramitación del procedimiento e instar a acuerdos amistosos sobre las cuestiones conexas al divorcio, sin restar espacio a la autonomía de la voluntad. De igual forma, estos funcionarios asesores deben asegurarse de que los acuerdos sean suficientes para proteger el interés de los hijos ya que, de no serlo, el gobernador puede denegar su aprobación (Culaciati, 2018).

2.3. Aproximación al divorcio notarial.

En el derecho comparado, existe una variedad de legislaciones que han incorporado el divorcio extrajudicial a su ordenamiento, incluso si nos remitimos únicamente a los países iberoamericanos. En lo particular, referido al divorcio notarial, podemos encontrar diversos ejemplos, como los de Cuba,

Colombia, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia, Nicaragua, algunos Estados de México y también España. Fuera de esta esfera, países como Estonia y Rumania también han adoptado el sistema notarial de divorcio (Lucas et al., 2020).

2.4. Países que regulan el divorcio notarial.

2.4.1. Ecuador.

En este país, en una primera etapa, se otorgó a los notarios la facultad de tramitar divorcios por mutuo consentimiento, solamente en caso de que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Esto se hizo mediante una modificación de la Ley Notarial ecuatoriana, hecha por la Ley 2006-62, publicada en el Registro Oficial n° 406 del día 28 de noviembre de 2006.

Entre otros, los requisitos de la petición de divorcio en sede notarial en Ecuador contemplaban la inexistencia de hijos menores de edad o dependientes de los cónyuges, la ausencia del estado actual de gravidez de la cónyuge, consentimiento y voluntad no viciados, y exigía la comparecencia de los cónyuges a una audiencia, ya sea personalmente o a través del procurador judicial, y en todo caso bajo el patrocinio de un abogado (Culaciati, 2019, p. 336).

La competencia para llevar a cabo este tipo de divorcio seguía siendo compartida con los tribunales y el procedimiento se encontraba regulado en los artículos 106 y 107 de su Código Civil. Sin embargo, en 2015, con la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos, se concedió la

competencia exclusiva del divorcio consensual sin hijos menores o dependientes a los notarios, y el procedimiento de divorcio consensual quedó establecido en el artículo 18 reformado de la Ley Notarial de Ecuador.

Finalmente, con la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 517 del 26 de junio de 2019, Ecuador avanza a una tercera etapa, en que atribuye exclusivamente el divorcio con hijos menores de edad a los notarios, siempre que la situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos - el equivalente a las materias relacionadas con el acuerdo completo y suficiente, entre nosotros - se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente. Así, la Ley Notarial, en lo relativo a la competencia de los notarios, establece:

Art. 18.- Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes: (...)

22.- Tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente.

Solo en el año 2008, antes de que la competencia se volviera exclusiva de los notarios, ya se habían realizado 5.536 divorcios en sede notarial, lo que implica que estas reformas han sido de gran utilidad en el sistema de administración de justicia ecuatoriano, al dispensar a los jueces de la carga que implica tramitar estas causas (Lucas y Albert, 2020, p. 452).

Una preocupación de esta reforma es la de los altos costos que implica el divorcio notarial en Ecuador, lo que sumado a su competencia exclusiva en la tramitación de los divorcios podría significar un encarecimiento del acceso a la justicia. Por otra parte, el divorcio notarial cuando existen hijos menores mantiene la exigencia de acudir a los tribunales o de, a lo menos, a llegar a un acuerdo en un centro de mediación, para resolver previamente la situación de los hijos menores en común, lo cual obstaculiza en la práctica el verdadero acceso a un divorcio extrajudicial en estas situaciones.

2.4.2. Brasil.

Brasil regula el divorcio en algunos aspectos en su Constitución Federal. Fue consagrado por primera vez cuando se aprobó la Enmienda Constitucional 09 de 28 de junio de 1977, la cual dio lugar, en seguida, a la promulgación de la Ley N° 6.515, de 26 de diciembre de 1977, que la reglamentó.

El divorcio en Brasil puede darse de dos formas: directo e indirecto, pudiendo tramitarse bajo la forma consensual o litigiosa. En todo caso, el divorcio en su forma litigiosa siempre se tramitará por la vía judicial. En el caso del divorcio consensual, en cambio, se permitirá en algunos casos su tramitación extrajudicial, estableciéndose así un régimen dual y alternativo, en su ley 11.441, de 2007.

En lo relativo al divorcio notarial, normativamente se encuentra en el artículo 1124-A del Código de Proceso Civil brasileño, el que señala lo siguiente:

La separación consensual y el divorcio consensual, no habiendo hijos menores o incapaces de la pareja y observados los requisitos legales sobre los plazos, podrán ser realizados por escritura pública, en la cual constarán las disposiciones relativas a la descripción y el reparto de los bienes comunes y a la pensión alimenticia y, además, al acuerdo sobre la retomada por el cónyuge de su nombre de soltero o a la manutención del nombre adoptado cuando se produjo el matrimonio.

§ 1°. La escritura no depende de homologación judicial y constituye título hábil registro civil y el registro de inmuebles.

§ 2°. El escribano solamente labrará la escritura si los contratantes estuviesen siendo asistidos por un abogado común o por los abogados de cada uno de ellos, cuya calificación y firma constarán en el acto notarial.

§ 3°. La escritura y demás actos notariales serán gratuitos para aquellos que se declaren pobres bajo las penas previstas por la ley.

Por consiguiente, para poder recurrir al divorcio por la vía extrajudicial en el derecho brasileño se establecen los siguientes requisitos:

- a) Debe ser consensual, concordando las partes en todos los términos.
- b) No existir hijos menores o incapaces en común.
- c) Deben estar asistidos por un abogado, sea común o por cada uno de los cónyuges.
- d) Debe observarse el cumplimiento del plazo legal de dos años de separación de hecho.

Existen autores que señalan que la ley que incorporó el divorcio extrajudicial en Brasil ha reforzado la naturaleza jurídica del matrimonio en el ordenamiento jurídico brasileño como un contrato solemne (Farias, 2007, p.

34). Lo anterior, dado que, como cualquier contrato, el matrimonio se podría extinguir el por mutuo acuerdo de los contrayentes. Por otra parte, se logró equiparar la participación del Estado en la disolución del vínculo conyugal con aquella que tiene en la celebración del matrimonio civil, esto es, una participación meramente administrativa y formal.

No obstante el avance que implica esta reforma a la ley brasileña en materia de divorcio, hay cierta doctrina que considera que este régimen alternativo al divorcio en sede judicial brasileño es una reforma dubitativa e incluso contraproducente en relación con la descongestión y celeridad que se había proclamado en su momento al promulgarla, debido a la necesidad de tutela letrada por parte de los cónyuges, y de lo exagerada que puede ser la exigencia de un período de dos años de separación previa para evitar decisiones aceleradas, lo que puede suponer una tutela injustificada e innecesaria (Culaciati, 2019, p. 339).

2.4.3. Cuba.

En el ámbito iberoamericano Cuba fue pionero en establecer el divorcio extrajudicial. Ya en 1975, tras la promulgación de su Código de Familia, la demanda de divorcio en sede judicial omitía la exigencia de invocar una causal concreta que fundare la petición de disolver el vínculo conyugal:

ARTICULO 51. Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que

resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad.

ARTICULO 52. Se entiende, a los efectos de esta ley que el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello también para la sociedad, cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que de modo adecuado se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograrse los fines a que se refieren los artículos 24 al 28, ambos inclusive.

Según Ordelín Font (2016), Cuba se adelantó en más de un cuarto de siglo al debate sobre erradicar una regulación taxativa de las causas que fundamenten el divorcio, y dotar de preeminencia a la voluntad de las partes en la disolución del vínculo matrimonial, bajo una perspectiva del respeto al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los miembros de la pareja. El Código de Familia cubano consagró esta posición y reconoció el divorcio incausado (p. 26). Es más, resulta llamativa la redacción adoptada por el Código de Familia cubano, que consagra la voluntad de los cónyuges como elemento determinante para la disolución del vínculo y que, aún faltando este acuerdo mutuo, es posible dar lugar a la disolución siempre que el tribunal compruebe que existan causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello también para la sociedad, pasando a definir posteriormente cuándo nos encontramos ante este tipo de causas, hablando de aquellas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que de

modo adecuado se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograrse los fines a que se refieren los artículos 24 y 28, ambos inclusive.

La Ley 50 de 1984, Ley de las Notarías Estatales, reconoció dentro de las funciones de los Notarios la posibilidad de conocer, tramitar y resolver los asuntos de jurisdicción voluntaria. El divorcio notarial sería reconocido diez años después. En 1994, se sancionó el Decreto-Ley 154/1994 del 6 de septiembre de 1994, que sería luego desarrollado por el Reglamento 182/1994, del 10 de noviembre de 1994, del Ministerio de Justicia. Esta norma atribuyó la competencia de manera exclusiva a los notarios cuando se trata de un divorcio por mutuo acuerdo, incluso ante la existencia de hijos menores o incapaces, sin la necesidad de acreditar un período mínimo de matrimonio o de separación previa.

El escrito de solicitud contiene la *rogatio* notarial a la que deben acompañarse los certificados expedidos por el Registro Civil; a ella hace referencia el artículo 4.1 del Reglamento 182/1994 del Decreto-Ley 154/94 del Divorcio Notarial. Esta *rogatio* notarial contiene las generales y datos de los cónyuges; fecha del matrimonio y referencia al Registro del Estado Civil en que fue inscrito, con expresión de tomo y folio; nombres y apellidos de los hijos comunes menores y fechas de sus respectivos nacimientos, con referencia al Registro Civil, tomo y folio en que se encuentran inscriptos; convenciones de los cónyuges en cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes menores; la determinación de la guarda y cuidado de los hijos comunes menores; el régimen de comunicación de los hijos comunes menores con el padre al que no se le confiera la guarda y cuidado; nombres y apellidos del cónyuge que prestará la pensión que corresponda a cada uno de los hijos

comunes menores y su cuantía; nombres y apellidos del cónyuge que una vez disuelto el matrimonio prestará la pensión al otro, si procediere, así como la cuantía de la misma; las convenciones que hayan determinado los cónyuges sobre la vivienda, si ésta constituyera un bien común del matrimonio; destino de los otros bienes que conforman la comunidad matrimonial de bienes, si los cónyuges determinaran liquidarla en el propio acto. Una vez dispuesta esta información, el notario radicará el divorcio en el Libro Único de Asuntos Notariales y, de considerar conforme a derecho y equidad las convenciones propuestas, procederá a autorizar la escritura de divorcio.

Al recibir el escrito de solicitud, el notario debe ser especialmente celoso del interés superior de los hijos menores. Es un deber inexcusable determinar el alcance de las convenciones propuestas y abstenerse de autorizar el divorcio ante el más mínimo resquicio de lesividad a los intereses de los hijos menores (Culaciati, 2019, p. 334).

En efecto, de acuerdo con el artículo 4° del Decreto-Ley 154/1994, del Divorcio Notarial, el Notario velará que las decisiones no atenten contra:

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

Esta fase es de suma importancia, toda vez que el Notario deberá equilibrar no solo el consenso de los solicitantes, sino también las disposiciones de la ley notarial y del Derecho de Familia. Inclusive podrá remitir la solicitud

al Ministerio Fiscal, al cual el notario dará comunicación cuando el sentido común así se lo indique, lo cual forma parte de la racionalidad y la experiencia personal del propio notario actuante (Pérez Gallardo, 2008, pp. 263-264).

En la propia escritura de divorcio puede ponerse fin a la comunidad de bienes que forma el matrimonio, a través de operaciones divisorias y liquidatorias. Es menester que los cónyuges estén de acuerdo sobre el destino de la vivienda adquirida en común; de lo contrario, no procederá el divorcio en sede notarial. Un desacuerdo respecto del resto de los bienes igualmente permitirá la realización del divorcio notarial, haciéndose la liquidación por la vía judicial (Pérez Gallardo, 2008, pp. 269-270).

Así, el sistema cubano es uno en que se ha adoptado el divorcio notarial, pero que además se ha trabajado sobre la base de una concepción del divorcio incausado que pone en la primera fila a la voluntad de los cónyuges y el respeto al libre desarrollo de la individualidad, aun en el contexto de la familia matrimonial, sin dejar de lado la necesidad de que el acto por el cual se materializa la disolución del vínculo conyugal sea un acto formal, en el cual el funcionario que se encarga de él (en este caso un Notario) vela por el cumplimiento estricto de la legalidad y dota los actos en los que interviene de la legitimidad necesaria para que ellos tengan los efectos queridos por el derecho, como ocurre en general con los actos de jurisdicción voluntaria.

2.4.4. Colombia.

La legislación sustantiva en materia de divorcio está contemplada en el Código Civil, y se complementa con las normas procesales que establecen la

posibilidad de obtener el divorcio en un trámite notarial, cuando hay acuerdo entre los cónyuges. Así lo establece el artículo 34 de la ley 962 de 2005:

Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley. El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente.

El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad.

El Decreto 4436 de 2005, sobre Divorcio ante Notario, viene a reglamentar el artículo 34 antes mencionado, así como establecer los derechos correspondientes. Así, el artículo 1° del mencionado Decreto establece lo siguiente:

El divorcio del matrimonio civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, por mutuo acuerdo de los cónyuges, podrá tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante escritura pública.

Prosigue, en su artículo 2º, estableciendo el detalle de la petición, los requisitos del acuerdo y de sus anexos:

La petición de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, será presentada por intermedio de abogado, tal como lo dispone el artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

Los cónyuges presentarán personalmente el poder ante Notario o juez.

La petición de divorcio contendrá:

a) Los nombres, apellidos, documento de identidad, edad y residencia de los cónyuges.

b) El acuerdo suscrito por los cónyuges con la manifestación de voluntad de divorciarse o de que cesen los efectos civiles del matrimonio religioso. Además contendrá disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal; y se informará sobre la existencia de hijos menores de edad;

c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas;

d) Los anexos siguientes:

- Copias o certificados de los registros civiles de nacimiento y matrimonio de los cónyuges, y habiendo hijos menores, las copias o los certificados de los registros civiles de nacimiento de los mismos.
- El poder de los cónyuges al abogado para que adelante y lleve a término el divorcio o la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, incluyendo expresamente, si así lo deciden, la facultad para firmar la Escritura Pública correspondiente.
- El concepto del Defensor de Familia, en el caso de que haya hijos menores de edad, si por cualquier circunstancia legal ya se cuenta con este, sin perjuicio de la notificación del acuerdo de los cónyuges establecida en el párrafo del artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

La intervención del Defensor de Familia se complementa con lo que establece el artículo 3° del Decreto 4436 de 2005, sobre Divorcio ante Notario, que viene a reglamentar el artículo 34 antes mencionado:

Habiendo hijos menores de edad, el Notario le notificará al Defensor de Familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito, el acuerdo al que han llegado los cónyuges, en los términos del artículo anterior. El Defensor de Familia deberá emitir su concepto en los quince (15) días siguientes a la notificación. Si en dicho plazo el Defensor de Familia no ha allegado su concepto, el Notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la Escritura y le enviará una copia a costa de los interesados.

Las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se incorporarán al acuerdo, de ser aceptadas por los cónyuges. En caso contrario se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la Escritura Pública, y se devolverán los documentos de los interesados, bajo recibo.

Resulta llamativa la inclusión del Defensor de Familia; como lo señala la norma, se trata de un funcionario público que interviene en los divorcios ante notario en que los cónyuges tienen hijos menores en común, siendo esta una situación que ellos deberán informar al momento de presentar la solicitud. De haberlos, los cónyuges deberán asegurarse de que el acuerdo de divorcio comprenda: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los hijos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, indicando el lugar y la forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; la custodia y el cuidado personal de los menores de edad; y el régimen de visitas con la periodicidad de estas (Culaciati, 2009, p. 335).

Este acuerdo será notificado al Defensor de Familia para que emita su concepto dentro de los quince días siguientes a la notificación; si no lo hace, el notario autorizará la correspondiente escritura que contendrá el acuerdo presentado por los interesados. Si el Defensor de Familia hace observaciones a este acuerdo, deberán los cónyuges hacerle los ajustes pertinentes; de lo contrario, se entenderá que han desistido de su solicitud.

El Defensor de Familia, como su nombre lo sugiere, interviene en el interés superior de los hijos menores, precaviendo que sea tenido en consideración a la hora de presentar el acuerdo de divorcio en sede notarial.

Una vez que se ha llevado a cabo el divorcio notarial, el artículo 6° del Decreto 4436 de 2005, sobre Divorcio ante Notario, señala la publicidad del divorcio:

Una vez inscrita la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios, el notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados.

2.4.5. Perú.

Este país se caracteriza por haber implementado un sistema mixto. La ley 19.227, de 16 de mayo de 2008, reguló el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, aprobándose su reglamentación mediante Decreto Supremo 009-2008-JUS, publicado el 13 de junio de 2008.

La antedicha norma no derogó la legislación sustantiva y procesal relativa al divorcio en sede judicial, por lo cual en Perú se permite optar por el divorcio en sede judicial, así como en sede extrajudicial, ya sea notarial o municipal. El artículo 4 del Decreto Supremo 009-2008-JUS establece esta competencia:

El alcalde distrital o provincial de la municipalidad acreditada, así como el notario de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar de celebración del matrimonio, son competentes para realizar el procedimiento no contencioso regulado en la Ley.

Entiéndase por domicilio conyugal el último domicilio que compartieron los cónyuges, señalado en declaración jurada suscrita por ambos. La solicitud de divorcio ulterior será tramitada ante el mismo notario o alcalde que declaró la separación convencional, de acuerdo a ley.

Pues bien, el divorcio en sede extrajudicial, al igual que en el caso del divorcio judicial, requiere que los cónyuges tengan por lo menos dos años de haber contraído matrimonio. Sin embargo, difiere en los siguientes aspectos:

- a) Procede únicamente en caso de que no existan hijos menores de edad o mayores incapaces, y los cónyuges se encuentren en régimen de separación de patrimonios o, estando en sociedad de gananciales, no haya bienes comunes.
- b) En caso de existir hijos menores o mayores incapaces, es posible acceder al divorcio extrajudicial, siempre y cuando exista un pronunciamiento judicial firme respecto a la patria potestad, régimen de visitas, alimentos, interdicción o, en su defecto, estas materias hayan sido objeto de conciliación.

Acreditados los dos años de matrimonio, los cónyuges podrán acudir ya sea a una Municipalidad o a una Notaría. El Alcalde o el Notario, respectivamente, citarán en un plazo no mayor a 15 días a una única audiencia, en un ambiente privado y adecuado, donde los cónyuges deberán ratificar su

deseo de separarse convencionalmente. Luego de tal ratificación, se declarará la separación convencional de los interesados, y será necesario que transcurran dos meses más para que, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, sin más trámite y en un plazo no mayor a 15 días, el Alcalde o el Notario declaren disuelto el matrimonio.

Llevar a cabo el divorcio por la vía notarial en Perú implica adjuntar a la escritura pública de divorcio, un acta notarial de constatación, con los aranceles y honorarios que ellas conllevan, lo cual implica un encarecimiento de este procedimiento que, según cierta doctrina, tentará a los cónyuges a volcarse de todas maneras al divorcio en sede judicial (Culaciati, 2019, p. 340).

2.4.6. Bolivia.

En Bolivia, se promulgó la ley del Notariado Plurinacional n° 483 del 25 de enero de 2014. Esta ley, en su título V reguló la vía voluntaria notarial a la que define como “el trámite ante la notaría o el notario de fe pública por el que se crea, modifica o extingue relaciones jurídicas” (Diario La Página (www.lapagina.com.sv/ampliar.php?id=92514)). Su artículo 93 prevé la procedencia del divorcio por mutuo acuerdo en esta sede.

El Capítulo II de la mencionada ley se dedica exclusivamente a la regulación del divorcio notarial. Este procederá únicamente si:

- a) Exista consentimiento y mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del matrimonio.
- b) No existan hijos entre ambos cónyuges.
- c) No existan bienes comunes o gananciales sujetos a registro.

d) No exista pretensión de asistencia familiar por ninguno de los cónyuges.

Esta petición debe ser presentada de manera escrita por ambos cónyuges en sede notarial, adjuntando el acuerdo suscrito por ambos y el certificado de matrimonio, conteniendo los datos de los cónyuges y las declaraciones en orden a confirmar que se cumplen los requisitos de procedencia antes mencionados.

En cuanto al trámite, el notario dará fe pública y registrará los documentos ante la presencia física de ambos cónyuges. Luego, sólo transcurridos tres meses de la fecha de registro de la solicitud de divorcio, y luego de que los cónyuges se apersonen nuevamente ratificando su decisión de divorciarse, el notario librará acta de la ratificación. Posteriormente, protocolizará el acuerdo y el acta de ratificación y transcribirá el certificado de matrimonio expidiendo el testimonio de divorcio.

Una vez protocolizada la escritura pública, el notario extenderá los testimonios y los remitirá al Servicio de Registro Cívico para la cancelación definitiva de la partida matrimonial. En cambio, si transcurren seis meses de la solicitud de divorcio sin que los cónyuges se presenten nuevamente para ratificar su decisión, el trámite caducará y será archivado.

De esta legislación, podemos rescatar algunos tópicos que pueden reiterarse respecto de otras regulaciones ya antes descritas, a saber: la necesidad de ampliar el divorcio en sede notarial para incluir los matrimonios con hijos y establecer las bases que permitan un régimen de separación de bienes, y la necesidad de no sólo facilitar el trámite del divorcio, sino hacer que éste además resulte en menores costos para los interesados, facilitando de manera real el acceso a este procedimiento.

2.4.7. Nicaragua.

El Código de Familia de Nicaragua, ley 870 de 24 de junio de 2014, apostó por regular directamente el divorcio por mutuo consentimiento en sede notarial. Se le confió de manera exclusiva, *numerus apertus*, la competencia en esta materia (Culaciati, 2019, p. 341).

Este país, sin embargo, excluye la posibilidad de acudir al divorcio notarial en caso de que haya hijos en común que sean niños, niñas, adolescentes o personas o discapacidad, o que haya bienes en común, aunque en este último caso, de haber mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la forma de uso o distribución de los mismos, el Notario podrá disolver el vínculo matrimonial, consignando dicho acuerdo en la escritura pública correspondiente. Lo anterior, en conformidad al artículo 159, párrafos 2° y 4° del Código de Familia de Nicaragua.

En este país, la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento no se encuentra revestida de formalidades o solemnidades algunas, más allá de la firma de los cónyuges y su presentación personal o a través de representante, mediante poder especialísimo.

Al recibir la petición, el Notario advertirá a los cónyuges el efecto de su decisión, y en caso de proceder a decretar el divorcio, librará testimonio de la escritura para su inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas y en el Registro Público de la Propiedad, cuando corresponda.

2.4.8. España.

En el artículo 42 de la Constitución republicana de 1931 se permitió la disolución del matrimonio “por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación, en este caso, de justa causa”. La manda constitucional fue cumplida con la ley de divorcio de 1932. Varios pasos atrás, la actual Constitución española de 1978, en su artículo 32 solo hace referencia a la “separación”, si bien emplea la expresión de “causas de disolución” en plural, para delegar la instauración del divorcio como causal de disolución del vínculo conyugal, adicional a la muerte. El divorcio en España fue consagrado mediante la ley 30/1981 del 7 de julio de 1981, introducido en una primera forma como divorcio remedio causado, que requería siempre de una separación previa y cuya causal debía acreditarse ante los tribunales.

Este sistema se consolidó con el paso del tiempo, y con la Ley 15/2015 se consolidó un modelo en el que se establecieron como alternativas de libre elección la separación y el divorcio, no siendo la primera un requisito previo del segundo, evitando así un doble procedimiento, además de reducir de un año a tres meses el plazo mínimo que debe transcurrir desde la celebración del matrimonio para instar su disolución.

Con posterioridad, al sancionarse la Ley 15/2015, se incluyó la regulación de la separación y el divorcio por mutuo acuerdo, el que puede ser llevado a cabo alternativamente ante el secretario judicial, ahora denominado letrado de la Administración de Justicia, o ante el notario. El artículo 87 del Código Civil Español quedó redactado de la siguiente manera:

Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.

El artículo 82 del referido Código así establece el procedimiento:

1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de

Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

De acuerdo a su artículo 90, el convenio regulador que el legislador requiere que los cónyuges formulen ante el letrado de la Administración de Justicia o notario exige que, a lo menos, se regulen las siguientes materias:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

En el país ibérico, entonces, se ha adoptado una regulación mixta que admite la tramitación del divorcio extrajudicial ya sea en sede administrativa o en sede notarial, con una regulación común a ambas opciones. El legislador no admite en este procedimiento la existencia de hijos menores o con la capacidad modificada jurídicamente y que dependan de sus progenitores, y exige como requisito adicional a la asistencia letrada, al convenio regulador y demás formalidades, el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio. Es un plazo breve que no tiene dificultad probatoria alguna y que implica que el divorcio en España tampoco impone un período de reflexión o una separación de cuerpos previa a su solicitud.

Por otra parte, se sigue manteniendo un “control de lesividad”, por cuanto el mismo artículo 90 del Código Civil español, en su inciso segundo, atribuye al notario un cometido normalmente ajeno a su función de control de legalidad, instándolo a ponderar, para efectos de autorizar la escritura de separación o divorcio a la que se incorpora el convenio regulador, la equidad, regulada en el artículo 3 del Código Civil español (Hijas, 2016). El artículo 90 inciso segundo, antes mencionado, señala lo siguiente:

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía,

lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

A pesar de lo anterior, cierta doctrina en España apoya una interpretación más cercana al principio de mínima intervención, buscando evitar generar un conflicto donde las partes han alcanzado un acuerdo, así como la postura de ceñirse a los aspectos objetivos de la estructura del acuerdo, incidiendo más en aquellos relativos a las relaciones personales y dejando que prime la libertad contractual en los acuerdos de carácter patrimonial (Hijas, 2016).

En el tiempo que lleva vigente el divorcio notarial en España, se han notado las ventajas de este, especialmente en cuanto a su rapidez y el asesoramiento técnico que puede prestar el notario, en particular cuando el divorcio viene acompañado de la liquidación del régimen matrimonial (Pérez Hereza, 2017).

2.4.9. Rumania.

Este país adoptó un sistema mixto. El Código Civil rumano, ley 287/2009, refundida en el Boletín Oficial de Rumania, parte I, n° 505, del 15 de julio de 2011, establece que el divorcio por mutuo acuerdo puede ser tramitado ante notario o por la vía administrativa, incluso cuando hay hijos del matrimonio. En este primer supuesto, el divorcio es admisible cuando no concurren hijos o bien, en caso de haberlos, cuando los cónyuges alcanzan un

acuerdo previo sobre la patria potestad, el régimen de visitas, el domicilio de los hijos y su manutención y formación.

Así, establece el artículo 375 del Código Civil rumano, si no tienen hijos menores de edad, nacidos del matrimonio, extramatrimoniales o adoptados, esta circunstancia será constatada por el notario del lugar de celebración del matrimonio o del último domicilio común de los cónyuges; si los hay, sólo puede llevarse a cabo el divorcio si los cónyuges pactan sobre el apellido a llevar tras el divorcio, el ejercicio de la patria potestad por ambos padres, la fijación del domicilio de los hijos tras el divorcio, las relaciones personales entre el padre separado y cada uno de los hijos, la contribución de los padres a los gastos de cuidado, educación, enseñanza y formación profesional de los hijos. Si del informe de investigación social resultara que el acuerdo de los cónyuges respecto al ejercicio común de la patria potestad o el relativo a la fijación del domicilio de los hijos no fuere beneficioso para estos, quedará abierta la vía judicial.

La petición de divorcio se presentará por los dos cónyuges, personalmente o por medio de un representante con poder notarial; el notario les concederá un plazo de reflexión de treinta días, tras el cual los cónyuges se presentarán personalmente y el notario comprobará si persisten en su divorcio y si, en tal caso, su consentimiento es libre. El notario expedirá el certificado de divorcio, remitirá una copia certificada del mismo al ayuntamiento del lugar de celebración del matrimonio. Si desestima la petición, los cónyuges tienen abierta la vía judicial (Carrión García, 2012).

Por tanto, en este país si bien se admite el divorcio notarial incluso con hijos, el legislador se ha preocupado de procurar la intervención de trabajadores sociales, cuyo carácter vinculante impedirá autorizar el divorcio en caso de un

dictamen negativo, cuando encuentren que el acuerdo pueda ser perjudicial para los hijos, quedando abierta solamente la vía judicial.

Capítulo III. Discusiones en torno al divorcio en sede extrajudicial.

3.1. La necesidad de someter el divorcio y el acuerdo regulador a un proceso jurisdiccional.

Antes de proponernos el análisis de viabilidad del divorcio extrajudicial, es necesario abocarnos a revisar las razones que llevaron a atribuir originariamente la competencia de estas materias a los jueces.

En cuanto al divorcio sanción, resulta natural llevar este examen de la ruptura conyugal a la sede judicial, pues solo el recto criterio de un magistrado podía evaluar que las causas alegadas fueran lo suficientemente graves como para terminar con una familia legítima y, por supuesto, sancionar al culpable (Culaciati, 2018, p. 367).

Nuestro ordenamiento, que adoptó el sistema de divorcio causado, necesariamente implica la presencia de un juez por cuanto no se realiza un mero examen formal de requisitos que justifiquen la declaración del divorcio, sino que es menester acreditar la causal que se invoca por los medios de prueba que franquea la ley en cada caso.

Esta lógica, sin embargo, resulta profundamente nociva para la futura relación que se ha de mantener, en caso de seguir existiendo lazos comunes entre los excónyuges por las obligaciones contraídas. En los divorcios contenciosos, sin importar la causal que se invoca, la energía psíquica queda

atrapada en la contienda por el resentimiento y la búsqueda de venganza hacia el otro, a quien consideran culpable del fracaso del matrimonio, le recriminan sus faltas, y se busca que la justicia actúe justamente como el órgano efector de esta venganza. Y finalmente, esto ocurre tanto en el divorcio sanción como en el divorcio por cese de la convivencia, donde supuestamente no hay un verdadero conflicto entre las partes involucradas.

Yendo más allá de la cuestión probatoria de la causal respectiva, la Corte Suprema se ha pronunciado, en Oficio N°86-2022 del 26 de abril de 2022, respecto a este tema en torno al divorcio en sí y las consecuencias de este. A saber, señala lo siguiente en su considerando octavo:

Que en el caso del divorcio de mutuo acuerdo, el rol del tribunal no es solo el de declararlo, sino que también el de verificar la completitud y suficiencia del convenio regulador que se den las partes, en los términos prescritos por el inciso segundo del artículo 55 de la Ley 19.947, relacionado con el artículo 21 de la misma ley. Este control, que podría ser menos estricto cuando no hubiere hijos/as en el matrimonio al que se pone término, debe ser intenso cuando sí los hay.

La Corte se abre a la posibilidad de simplemente modificar el procedimiento por uno no contencioso, pero manteniendo su carácter de judicial. En el considerando noveno, nos da varias luces respecto de su justificación:

Tal parece que la función tuitiva del juez o la jueza de familia es difícil de reemplazar, máxime cuando hubiere niños, niñas o adolescentes

involucrados. En efecto, cuando el matrimonio ha dejado hijos/as, corresponde al juez/a salvaguardar sus derechos concurrentes |y velar por que sus intereses no se vean amagados. Más específicamente aún, la ley ha querido que sea un juez/a especialmente adiestrado en asuntos de familia quien asuma este importante rol, y no un juez/a civil.

La Corte Suprema entiende que el rol del juez va más allá de únicamente dirimir conflictos, sino que se extiende al de tutelar los derechos concurrentes de quienes se ven afectados por la disolución del vínculo conyugal.

Ahora bien, es dable cuestionar la necesidad de acudir a la jurisdicción para obtener la disolución del matrimonio, en especial considerando que en una variedad de materias existe una multiplicidad de medios alternativos de resolución de conflictos; si frente a un litigio tenemos esta posibilidad, con mayor razón debe ponderarse cuando la litis simplemente no existe.

Por otra parte, es posible hacer una distinción entre el divorcio mismo, una cuestión alitigiosa que simplemente modifica el estado civil de las personas, de los efectos patrimoniales y en las relaciones con los hijos e hijas que pueda tener.

En efecto, en el antedicho oficio de la Corte Suprema, los Ministros señora Letelier y señor Matus estuvieron por indicar que un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo en sede extrajudicial debe contemplar la posibilidad de revisión judicial dentro de un determinado plazo, en lo relativo a los hijos y los efectos patrimoniales, un reconocimiento desde ya a esta importante distinción que debemos hacer.

Varios exponentes del derecho comparado, en la discusión que ha buscado llevar la desjudicialización del divorcio a sus respectivos países, entienden también la separación que debe hacerse en este sentido, de las cuestiones discutidas a propósito del procedimiento de divorcio de común acuerdo:

Si dos personas que son capaces, obedeciendo a las reglas legales, desean dar por terminada la sociedad conyugal de la cual participan, si tales personas, actuando libre y conscientemente, manifiestan su voluntad en tal sentido, es exorbitante la actitud del poder público, pretendiendo dificultarles el paso (Rodrigues, 1978, como se citó en Culaciati, 2018, p. 370).

Entonces, el divorcio propiamente dicho es algo que no requiere un proceso; se trata típicamente de la exteriorización de una decisión ya tomada, de personas que en muchos casos se encuentran largo tiempo separados y han continuado su proyecto biográfico (Culaciati, 2018). No necesitan de la supervisión y consejos de alguien que les es extraño, en la conclusión de una etapa de su vida en la cual deben ser ellos los protagonistas.

Por otra parte, la existencia de un tercero superior e imparcial que tome una decisión vinculante respecto del divorcio pierde sentido si la sometemos a un escrutinio detenido y desmenuzamos los supuestos bajo los cuales se llega, en la mayoría de las veces, a la decisión por parte de los cónyuges de poner fin a su vida conyugal.

Incluso si pensamos en una situación de divorcio unilateral es evidente que el legislador no considera absolutamente indispensable la presencia de un juez que dirima el asunto. Sin ir más lejos, podemos remitirnos a la actualmente vigente ley sobre el AUC ya comentada anteriormente. De acuerdo al artículo 26 letra e) de dicha ley, para terminar el AUC por la voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles basta que esta voluntad conste en una escritura pública o en acta otorgada ante un oficial del Registro Civil, notificándose al otro conviviente civil mediante una gestión voluntaria ante los tribunales de familia, debiéndose practicar esta notificación mediante un receptor judicial y dentro de los veinte días hábiles siguientes a la subinscripción de la referida escritura o acta, al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil, efectuada en el registro especial que establece el artículo 6°. Es más, la falta de esta notificación ni siquiera afectará el término del AUC; simplemente, hará responsable al contratante negligente que debió realizar esta notificación; no pudiendo alegar ignorancia transcurridos solo tres meses de efectuada la subinscripción.

Cabe destacar que este articulado no afecta en modo alguno los efectos que el término del acuerdo pudiera tener, ni tampoco establece la exigencia de incorporar al mismo un acuerdo o propuesta de convenio regulador para las relaciones futuras entre los exconvivientes civiles y entre ellos y sus hijos comunes.

Es interesante la solución flexible a la que se ha llegado, pudiéndose incluso cuando exista la posibilidad de alegar la compensación económica simplemente dejar una mención de la existencia de este derecho en la notificación de la terminación unilateral del AUC, teniendo el conviviente civil respectivo la facultad de demandar la compensación económica ante el tribunal

de familia competente dentro del plazo de seis meses contado desde la subinscripción de la terminación del AUC.

Los efectos patrimoniales y previsionales del AUC desbordan incluso a los del matrimonio, por lo cual estos pueden producir repercusiones económicas en terceros, de efectos duraderos. Sin embargo, el control de legalidad y de fraude a la ley es escaso o nulo en cuanto a la terminación del acuerdo mismo.

Lo cierto es que el matrimonio y el AUC son instituciones que cumplen un fin semejante, y podríamos entender que la cercanía que tienen ambas instituciones en cuanto a su celebración y a sus efectos podría emularse igualmente a la hora de repensar el procedimiento que culmina con su disolución. Como mínimo, debiésemos cuestionarnos por qué el tratamiento del AUC en esta materia es tan marcadamente disímil con el del matrimonio.

Así, antes de entrar a analizar la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de los otros aspectos de la desjudicialización, consideramos importante dejar establecido que la labor del juez, en torno a declarar el divorcio mismo y a homologar el acuerdo de los cónyuges en ese sentido, perfectamente puede ser llevada a cabo por un funcionario público, ya sea notario u oficial del Registro Civil.

Ahora bien, incluso cuando existe común acuerdo entre los cónyuges, la disolución del vínculo matrimonial trae aparejadas consecuencias tanto en el ámbito patrimonial como personal en torno a la familia de la unión que se escinde; más allá de la autonomía de la voluntad, nos encontramos ante una gama de principios que merecen ser tutelados por el derecho, a saber, la protección del cónyuge más débil y el interés superior de los hijos menores e incapaces.

En su oficio, la Corte Suprema señala que el control tutelar del divorcio de común acuerdo podría ser más laxo cuando no hay hijos involucrados. Este es un reconocimiento a la tarea que realizan los oficiales del Registro Civil, más allá de la mera labor de guarda y registro, así como de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Por tanto, consideramos que existe cierta aceptación de que, ante la eventual disolución de un matrimonio que solamente afecta a quienes piden el divorcio, esto es, ante un divorcio de común acuerdo donde no existen hijos menores en común, no existiría obstáculo para que este procedimiento se desjudicializara, reconociendo la facultad de los cónyuges, en tanto personas adultas y plenamente capaces, para regular sus relaciones mutuas hacia el futuro; y de los profesionales del derecho que cumplen una función pública, como los notarios y oficiales del Registro Civil, para no solo hacer un mero control de legalidad y registro del divorcio y el convenio regulador, sino también para realizar una homologación que va más allá de controlar el cumplimiento de requisitos de forma.

Si en el divorcio no hay menores de edad o mayores de edad judicialmente incapacitados, la respuesta mayoritaria ante la pregunta de si debiera intervenir un funcionario en el interés público, sería no. En tal circunstancia, deben los cónyuges per se decidir de la manera más armónica y racional posible la disolución de su matrimonio. Y ello ha sido 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 progenitores (Pérez Gallardo, 2009, p. 242).

Cuando se trata de matrimonios que tienen hijos menores en común, en el concepto de la Corte Suprema, y con el cual nosotros concordamos, la situación se torna más delicada. La experiencia comparada es ambivalente en estos casos. Generalmente no se ha permitido que el divorcio extrajudicial proceda cuando hay hijos menores, pero en algunas latitudes se ha introducido esta posibilidad, produciendo a su vez soluciones que apuntan a paliar los efectos negativos que pudiera tener el divorcio sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes o de los incapaces que se vean afectados por él. Como ya vimos, en Cuba interviene el Ministerio Fiscal; en Colombia, existe la figura del Defensor de Familia; en Portugal, el Ministerio Público. Cabe destacar también que Noruega tiene profesionales que asisten a la autoridad administrativa promoviendo la instancia de mediación, acompañando a los cónyuges en la tramitación del divorcio e instándolos a llegar a un acuerdo, siempre privilegiando la autonomía de la voluntad.

Con todo, cabe señalar que al menos la experiencia cubana en esta materia es auspiciosa. Desde que se promulgó el decreto ley en 1995, hasta el año 2008, ni en un solo caso se había impugnado una escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo por resultar inequitativas las convenciones aprobadas por el notario, adecuándose en todo caso las convenciones propuestas a las disposiciones legales, siempre a favor del interés superior del menor (Pérez Gallardo, 2009, p. 229). El profesional que interviene en su salvaguarda lo hace en base a su sentido común, que forma parte de su racionalidad y experiencia personal, en el caso de Cuba, y adopta una función tuitiva de los derechos de los hijos menores del matrimonio, pero no se involucra mayormente con los sujetos afectados.

Dentro de las posibles fórmulas que existen, una de las que consideramos más adecuada es la de Portugal, donde en los casos en que, a propósito del divorcio de común acuerdo en sede administrativa, haya hijos menores o incapaces involucrados, siempre se deberá remitir el expediente al Ministerio Público, que en nuestro sistema existe a nivel de Corte de Apelaciones y Corte Suprema como Fiscalía Judicial, la cual parece compartir la función general de velar por la correcta administración de justicia y proteger los intereses que la ley le ha encomendado. Este Ministerio Público, como vimos, se pronunciará sobre el contenido del acuerdo dentro del plazo de 30 días. Si el Ministerio Público considera que el acuerdo no protege en forma suficiente los intereses de los hijos menores, los solicitantes podrán modificarlo de acuerdo a sus observaciones o presentar uno nuevo, el cual también será revisado. Si los cónyuges no cumplen con las modificaciones sugeridas e insisten en su intención de divorciarse, el proceso será remitido al tribunal competente.

Entendemos que la especial protección que merecen los derechos de los hijos menores y/o incapaces, no puede agotarse en el control de un órgano de la administración, que mal podría abocarse la facultad de modificar por sí el acuerdo o evaluarlo en profundidad, en la medida en que sí podría hacerlo un órgano especializado en velar por el recto cumplimiento de la ley en estas materias y que se encuentre dotado de cierta experticia. La discrecionalidad para evaluar el convenio regulador debe recaer en un órgano especializado, por lo que encontramos que la remisión a una figura como la del Ministerio Público lusitano, podría resultar adecuada a estos efectos.

En las implementaciones del divorcio administrativo del derecho comparado, sin embargo, se prescinde del derecho del niño a ser oído. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Consideramos que de ser implementada en nuestro país una institución responsable de realizar observaciones al acuerdo de relaciones mutuas similar a la del Defensor de Menores colombiano o el Ministerio Fiscal en Cuba, debiera ésta incorporar, por ejemplo, la posibilidad de entrevistar a los hijos menores cuando el acuerdo resulte potencialmente lesivo de sus derechos o, más bien, del interés superior que les rodea.

3.2. Necesidad de causal.

Ya explicábamos que el divorcio en nuestro país puede ser calificado como un divorcio causado, pues siempre requiere que se acredite el acontecimiento de un hecho que la ley estime como razón suficiente para disolver el matrimonio. Este hecho puede ser una infracción grave a los deberes del matrimonio, como en el divorcio por culpa; o el cese de la convivencia entre los cónyuges por un plazo determinado, como en el llamado divorcio remedio.

Por otra parte, podemos entender que la eventual llegada de un divorcio fuera de los tribunales introduce la posibilidad de alejar de la esfera pública las discusiones acerca de la intimidad familiar y las razones que dan lugar al divorcio para centrarnos solo en la regulación de las relaciones futuras entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos. Aunque, para nosotros, la discusión sobre si el divorcio debe seguir siendo causado o no es una que puede tenerse sin importar si éste continúa tramitándose exclusivamente por la vía judicial o no.

A nuestro parecer, la razón por la que los cónyuges no quieran seguir casados poco importa, pues impedir la disolución en un matrimonio que ya no es deseado por al menos una de las personas involucradas solo puede traer consecuencias negativas para la familia. En tal sentido, perpetuar las discusiones o frialdades de un matrimonio al borde de la ruptura puede traer lamentables efectos para la salud mental de los cónyuges y los hijos, por lo que no se justifica obligar a estas personas a continuar en una relación así mientras esperan el cumplimiento de, por ejemplo, un plazo para solicitar el divorcio.

Por otra parte, tenemos que la original indisolubilidad del matrimonio coincide con el carácter de sacramento que la religión católica le atribuye al mismo, credo predominante durante la época de dictación del código. A una conclusión similar llega Barrientos (2011) al cuestionar la supuesta contradicción entre el carácter indisoluble del matrimonio y la existencia de formas de ponerle al mismo:

Aunque resulte paradójico, eran conciliables el “indisolublemente” de la definición del matrimonio con el hecho de que él pudiera “disolverse”. ¿Dónde estaba, pues, la razón que justificaba esa conciliación? Se hallaba

ella, como no podía ser de otra manera, en la tradición jurídica matrimonial del derecho canónico que asumieron tanto el Código Civil como la ley de 1884, pues al predicarse la “indisolubilidad”, como propiedad de la naturaleza del matrimonio en el citado artículo 102, se expresaba la duración para toda la vida o perpetuidad del vínculo matrimonial, sin que pudiera ser disuelto por la sola voluntad de los cónyuges (indisolubilidad intrínseca) o por acto alguno de cualquier potestad humana (indisolubilidad extrínseca). (pp. 235-236).

Originalmente las dificultades, o imposibilidades en algunos casos, para disolver el matrimonio emanaban de las creencias religiosas de la época, mas con la llegada del divorcio vincular a nuestra legislación se cuestionó si esta norma seguía teniendo cabida en la definición de matrimonio. ¿Puede decirse que el matrimonio es una unión indisoluble si se ha creado una institución precisamente para cumplir esa función? Esto fue algo que se discutió en la tramitación de la actual LMC e incluso se propuso eliminar el término “indisolublemente” de la definición de matrimonio en el Código Civil, pero se llegó a la conclusión de que el divorcio era algo excepcional y que las personas al casarse lo hacen con la intención de que esa unión tenga duración vitalicia, a pesar de que en el camino esa voluntad pueda cambiar. (Boletín del Senado número 1759-18).

Teniendo esto en consideración, si el motivo de la indisolubilidad del matrimonio ha mutado de razones religiosas y morales hacia a un reconocimiento de la voluntad inicial de los cónyuges, eso significa que existen razones para creer que la autonomía de la voluntad de éstos debería primar por sobre las valoraciones morales, específicamente la voluntad de seguir casados

o no. De tal manera, si ambos cónyuges estuviesen de acuerdo en poner fin a su matrimonio, parece poco consecuente exigirles haber cesado en su convivencia por un año, como si su voluntad actual se postergara en favor de la voluntad original al momento de la celebración del matrimonio.

Para nosotros, la eliminación de la causalidad no sería únicamente viable en el divorcio solicitado de común acuerdo, sino que también tendría cabida en el divorcio solicitado por solo uno de los cónyuges. Es cierto que en un divorcio unilateral es común que muchos de los asuntos conexos a la ruptura matrimonial deban discutirse ante un tribunal, pues difícilmente habrá acuerdo sobre ellos si ni siquiera hay consenso sobre el hecho mismo del divorcio. Así, materias como la compensación económica, liquidación del régimen de bienes y todo lo concerniente a los hijos será determinado por un juez o jueza teniendo a la vista los antecedentes que las partes proporcionen, sin embargo, el hecho de discutir estos asuntos en juicio no obsta a la implementación de un sistema de divorcio incausado. Creemos que, si se debieran discutir estas materias conexas, el tribunal podría decretar el divorcio por el solo mérito de la solicitud y proceder a la discusión de las otras materias del juicio o, si se prefiere, pronunciarse sobre el divorcio y todo lo demás en la sentencia definitiva sin necesidad de que haya oposición a la disolución del matrimonio.

En definitiva, consideramos que existen circunstancias en las que es necesaria la tramitación de un divorcio ante los tribunales de justicia para que éste se pronuncie sobre los problemas derivados de la ruptura y que los cónyuges no puedan resolver de común acuerdo. Lo anterior no obsta a la idea de que no existen razones de peso para impedir que una persona que ya no desea estar casada se divorcie. Si se invoca el principio de protección al matrimonio como razón para obstaculizar el divorcio mediante distintas causales y plazos,

esto se contradice con nuestra interpretación de este principio, la que consistiría en la protección de la familia matrimonial, es decir, de las personas que se encuentran involucradas en esa relación familiar, ergo, impedir el divorcio iría en contradicción de este principio al generar un menoscabo en aquellas personas que tienen la intención de divorciarse. Incluso si se interpreta que este principio tiene por finalidad proteger el fenómeno del matrimonio a toda costa, sería inverosímil otorgar a dicha protección una importancia mayor que a la libertad y dignidad de aquel cónyuge que ya no desea esa relación.

Lo importante de esta situación es la creación de relaciones sanas y respetuosas de los derechos fundamentales entre las personas que componen el grupo familiar, convirtiendo así a la familia en un medio seguro para su desarrollo y no en una limitación que deban flanquear. De esta manera, avanzar hacia la libertad individual no implica que éstas triunfen contra la relación o interés familiar, sino que simplemente consiste en optar por un cambio en nuestra manera de entender la familia, dejando atrás los modelos que limitaban la dignidad de sus miembros (Culaciati, 2018).

3.3. Intervención mínima estatal y autonomía de la voluntad.

En una dirección similar a la ya tratada apuntan los principios de intervención mínima del estado y autonomía de la voluntad. Como ya hemos indicado en la sección de principios del presente trabajo, la autonomía de la voluntad tiene una importancia más allá de dar origen a relaciones de familia, pues gran parte de los posibles conflictos en esta área del derecho pueden ser resueltos mediante el acuerdo de los involucrados. Específicamente en el divorcio y los conflictos que le rodean, el legislador de familia ha manifestado

su preferencia por las soluciones autocompositivas al establecer instituciones como la mediación obligatoria previa a la intervención del tribunal, la posibilidad de regular ciertas materias mediante transacción aprobada judicialmente o el llamado a conciliación que siempre debe suscitarse durante la tramitación del juicio.

En este orden de ideas, un divorcio que se tramita con la simple entrega de un formulario ante el registro civil, por ejemplo, no solo quita carga de trabajo a los tribunales y mantiene en privado las razones que pudieron llevar a la ruptura, sino que además reduce al mínimo la actividad que el organismo estatal debe tomar como respuesta a la solicitud, entregando una sensación de control sobre sus propias relaciones a aquellas personas que desean divorciarse.

Esto es especialmente cierto para casos sencillos, como un divorcio de común acuerdo en que no hay hijos menores de edad ni bienes que los cónyuges necesiten dividir, pues a pesar de todas estas condiciones, la regulación actual obliga a las personas en dicha situación a divorciarse mediante un procedimiento esencialmente adversarial en el cual cada parte tiene su propio abogado patrocinante y en que debe acreditarse una causal legal que autorice a la disolución.

De este modo se garantiza a los individuos, incluso en este sector del ordenamiento jurídico, una esfera privada de derechos individuales que no puede ser violentada, ni siquiera por la autoridad pública. Sirva a título meramente ilustrativo el respeto a la libertad individual o la salvaguardia de la intimidad personal y familiar. Se da pues, cada vez un mayor influjo de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado.

3.4. La ausencia de un “control de lesividad”.

Conviene profundizar brevemente en las razones por las cuales no resultaría necesario llevar a cabo un control tutelar del acuerdo regulador de las relaciones mutuas en los divorcios extrajudiciales sin hijos menores o incapaces.

La doctrina española ha dado ciertas luces en esta materia: en el caso de separación o divorcio notarial, según el artículo 90.2 CC, si alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser “dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente”.

El control de lesividad del mencionado artículo plantea el convenio regulador en la separación y divorcio notariales: naturaleza, contenido y límites. El problema es que se atribuye al notario un cometido tradicionalmente ajeno a su función, puesto que va más allá del control de legalidad y le insta a ponderar, para autorizar la escritura de separación o divorcio a la que se incorpora el convenio aportado, la equidad.

Una interpretación lógica del precepto es la que hacen los juristas José Manuel Vara González y Juan Pérez Hereza, basada en dos pilares fundamentales:

- a) El principio de mínima intervención, para evitar generar un conflicto donde las partes han alcanzado un acuerdo.

- b) Atender a aspectos objetivos de la estructura del acuerdo, incidiendo en los relativos a las relaciones personales y primando la libertad contractual en los acuerdos de carácter patrimonial.

Esta postura tiene su argumento fundamental en que no existen intereses de menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente que deban ser protegidos y en el hecho de que si los Tribunales de Justicia, a los que en puridad corresponde aplicar la equidad y justicia del caso concreto, ya venían predicando el principio de mínima intervención en los acuerdos que no afectaran a los hijos menores o infringieran normas de carácter imperativo, con mayor motivo, deben hacerlo los notarios (Hijas, 2016).

En definitiva, consideramos apropiado prescindir de un control de lesividad entregado a la discrecionalidad del funcionario administrativo o notarial, en el entendido de que la diferencia en el tratamiento del divorcio, cuando existen o no hijos menores o incapaces, es el único criterio que debe considerarse.

Llegaríamos así a una solución binaria: en todos los divorcios de común acuerdo sin hijos, el funcionario competente prescindirá de un examen que implique un control de lesividad, haciendo primar los principios de mínima intervención y de autonomía de la voluntad, prevaleciendo así el acuerdo llegado por los cónyuges. En el caso de matrimonios con hijos menores de edad o incapaces, siempre el divorcio extrajudicial deberá contemplar la remisión de los antecedentes a un encargado de velar por la equidad y la justicia del acuerdo, en razón de la protección del interés superior de los hijos, sin excepciones.

3.5. Motivos que justifican la desjudicialización del divorcio.

Una propuesta seria de divorcio extrajudicial no descansa sobre una mera crítica al modelo histórico que nos ha llevado a la sede judicial, sino que es avalada por motivos que reflejan la idoneidad y los méritos de la sede extrajudicial para llevar a cabo esta labor.

Entre otros motivos que, para países como Cuba, fueron de suficiente entidad para transferir las atribuciones del divorcio por mutuo acuerdo a sede extrajudicial, encontramos las siguientes:

- 1) La naturaleza alitigiosa del divorcio por mutuo acuerdo, lo que le sustrae del conocimiento judicial.
- 2) El alto número de radicación de asuntos en sede judicial, entre ellos, algunos de naturaleza no contradictoria, sin necesidad de requerir la composición de la litis, dada la ausencia de ésta, lo cual entorpece la necesaria celeridad exigida en la tramitación de expedientes judiciales en los que, dada su entidad y naturaleza, su resolución por vía judicial se impone.
- 3) La necesidad de ofrecer celeridad a los trámites de divorcio, de por sí indebidamente dilatados, cuando ambos cónyuges están plenamente contestes con la disolución del vínculo matrimonial y el régimen de convenciones a adoptar sobre los menores hijos procreados, sin que, a juicio del notario, derive perjuicio ni para los cónyuges, ni para los hijos, de modo que se logre en sede notarial lo que a la postre se obtendría en sede judicial después de un prolongado y agotador proceso judicial (Pérez Gallardo, 2009, pp. 223-224).

En resumen, tenemos la ausencia de la litis, la necesidad de ofrecer celeridad a los trámites de divorcio y la descongestión de los tribunales, como importantes argumentos en favor de la desjudicialización del divorcio.

Respecto a los primeros dos puntos, Carrión García (2000) ha señalado que:

Darle mayor protagonismo a los cónyuges en sede de divorcio, supondría que la solución obtenida sea de su propio agrado, se simplifique el proceso, se obtenga el divorcio con celeridad, el coste económico, psicológico y social resulte reducido, se logre mayor predisposición al cumplimiento futuro de las convenciones obtenidas y a su vez ambos ex cónyuges se vean imbuidos, una vez obtenido el divorcio, den mantener una estable y armónica relación entre ellos y con sus hijos (p. 71).

Proponer otras sedes, en definitiva, lo que busca no es implicar en caso alguno la resignación de la función judicial como órgano encargado de imponer la ley en los casos en que no resulta posible la solución autónoma; se busca, más bien, que las partes recuperen su rol protagónico en las decisiones que afectan su propia vida y/o las de sus hijos. Extraer el divorcio de la sede judicial, finalmente, contribuye a desterrar la idea de “querer mostrarle a un juez lo que un cónyuge le hizo al otro” y que una sentencia lo declare culpable. La figura del juez representa “el poder” y el que resuelve “quien es el ganador y quien el perdedor”. Esta lógica desaparecería si el divorcio fuera decretado por un funcionario administrativo, y no por un juez (Culaciati, 2018, p. 371).

Luego, la descongestión de los tribunales es otra buena razón, pero lejos de ser la principal o la única, para sustraer el conocimiento del divorcio de

común acuerdo de los órganos jurisdiccionales. La sustanciación de estos juicios impone a los juzgados de familia una sobrecarga de tareas con la consecuente distracción de recursos humanos y materiales en cuestiones alitigiosas (Culaciati, 2018, p. 372).

El jurista español Fernández de Buján (2001) resume este desafío:

Es necesario descargar a los jueces aquellas competencias que les han sido atribuidas, por razones de mera tradición, de simple división del trabajo, de oportunidad no justificable en el momento actual o de mero contenido administrativo (...). Se trataría no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino de sistematizar y redistribuir competencias en materias de jurisdicción, en aras de la racionalización del sistema (p. 188).

Más que una simple reducción en la carga, que de por sí no es nada despreciable, debemos apreciar aquí un interés en sistematizar competencias y en permitir que los jueces de familia puedan centrar mejor sus esfuerzos en el cumplimiento de la misión que la Constitución y las leyes les encomienda, esto es, el ejercicio de la potestad jurisdiccional y de su función tuitiva, en tanto garantes últimos de los derechos de las personas. Así, por ejemplo, se podrán enfocar mejor en casos de gravedad como violencia intrafamiliar o procesos que sí supongan un verdadero pleito entre las partes.

3.6. Exclusividad de la competencia.

Una discusión importante es aquella que versa sobre si una regulación del divorcio extrajudicial implicaría sustraer en forma absoluta la competencia de los tribunales de justicia para conocer del divorcio o, más bien, del tipo de divorcio que se haya modificado, y radicarla en un órgano distinto, sea notario, registro civil u otro.

A nuestro parecer, para enfrentar esta discusión es necesario distinguir si la entidad a quien se ha conferido esta competencia es un órgano público o el notario.

En caso de que se haya optado por la vía notarial, es conveniente que se mantenga la posibilidad de que los tribunales de justicia sigan conociendo del tipo de divorcio que se ha desjudicializado, ya que lo contrario significaría convertir algo tan básico como el divorcio en un trámite que solo puede tramitarse ante un privado a cambio de un pago.

Para Culaciati (2018):

En síntesis, mantener el carácter opcional entre la competencia de los órganos judiciales y la de otros órganos públicos no judiciales, permite al ciudadano escoger entre una fórmula sufragada con cargo al erario público y otra cargada al patrimonio particular de los promotores del expediente. De este modo, consideramos que, de optarse por la sede notarial, ella debería ser facultativa, y así los cónyuges podrán elegir de acuerdo a sus posibilidades económicas entre la vía judicial y la extrajudicial (p. 386).

Por otra parte, si se ha escogido a una entidad pública para que se haga cargo de un tipo de divorcio, como el registro civil o las municipalidades, sostenemos que es ventajoso otorgar a dicho órgano la competencia exclusiva

sobre, por ejemplo, el divorcio de común acuerdo. Sustraer la materia del conocimiento de los tribunales de justicia cumpliría con una finalidad esencial del divorcio extrajudicial: aminorar la carga de trabajo de los juzgados de familia a fin de que éstos puedan dar soluciones más expeditas al resto de sus causas que, lamentablemente, pueden verse aplazadas por el volumen de audiencias de divorcio en su agenda, más considerando que las causas de divorcio de común acuerdo consisten en aproximadamente la mitad del total que los tribunales de familia conocen. En números concretos, durante el año 2018 los tribunales de justicia chilenos recibieron un total de 63 752 demandas de divorcio, en donde 32 111 (50,3%) consistían en divorcios de común acuerdo, 29 370 (46%) fueron divorcios unilaterales por cese de convivencia y 2 264 (3,5%) eran demandas de divorcio por culpa (Instituto Nacional de Estadísticas [INE], 2020).

En un sentido diverso, si no se establece la competencia exclusiva del órgano público no judicial, se corre el riesgo de que este nuevo método se vea rápidamente en desuso producto de la falta de conocimiento del público general, lo que derrotaría el fin de descongestionar los tribunales y, además, podría significar una administración ineficiente del presupuesto público si se añade la posibilidad de tener funcionarios especializados en la vía administrativa.

De la misma forma, creemos que, a diferencia de lo que ocurre con los notarios, cuando se trata de un órgano público ya no se forma la disyuntiva entre el órgano estatal y el privado para quien desea divorciarse, sobre todo si el trámite también fuese gratuito o representase costos similares, pues ambas opciones se presentarían como equivalentes para el usuario.

3.7. Preparación técnica.

Cuando se propone la posibilidad de que una institución distinta a un tribunal sea capaz de declarar un divorcio, sale a la luz uno de los grandes argumentos contrarios a esta postura: el notario y el oficial de registro civil, opciones más comúnmente propuestas para asumir este rol, carecen de la suficiente preparación técnica para afrontar una materia que puede ser tan compleja como lo es el divorcio.

Para analizar esta problemática consideramos útil distinguir entre las diversas clases de divorcio que pueden suscitarse hoy a la luz de la legislación vigente en Chile. Por una parte, tenemos la división general entre divorcio por culpa y divorcio por cese de la convivencia, el cual a su vez puede dividirse entre aquel que ha sido solicitado por ambos cónyuges o el que se inicia de forma unilateral. Por otra parte, podemos señalar que otra distinción útil es aquella que separa los divorcios de cónyuges con hijos comunes menores de edad de aquellos que no los tienen.

Para efectos de evitar toda confusión acerca de nuestra postura, debemos afirmar que estamos de acuerdo con que un divorcio por culpa no podría jamás ser declarado por una autoridad distinta a la judicial. Solo un tribunal mediante un procedimiento justo podría calificar la imputabilidad y gravedad de los hechos alegados, entre otros requisitos, a la luz de su apreciación de la prueba que las partes del conflicto hayan ofrecido y rendido oportunamente, apegada a las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, creemos que mientras exista en nuestro ordenamiento jurídico la figura del divorcio por culpa, solo un tribunal podría pronunciarse respecto de él, sin importar la presencia de hijos menores de edad.

En cuanto al divorcio por cese de la convivencia solicitado en forma unilateral, habría dos grandes razones para rechazar la posibilidad de sustraerlo de la competencia de los juzgados de familia. Por una parte, debemos recordar que este tipo de divorcio admite la posibilidad de oponer excepciones o demandar reconventionalmente, pues se tramita mediante un procedimiento esencialmente adversarial. En este sentido, la posibilidad de ejercer la excepción perentoria denominada doctrinalmente como “cláusula de dureza” solo podría llevarse a efecto ante un tribunal en un procedimiento judicial con todas las garantías que la ley establece. Por otra parte, si en un juicio de divorcio no hay acuerdo en cuanto al divorcio mismo, es altamente probable que las opiniones de las partes tampoco coincidan respecto de aquellas materias conexas, como lo son aquellas relativas a los hijos, los bienes comunes y la compensación económica. Por lo tanto, consideramos que por la forma en que se encuentra regulado este tipo de divorcio, difícilmente podría haber un funcionario distinto de un juez o jueza que asegure el ejercicio de los derechos antes nombrados.

Una situación similar a esta hipótesis ocurrió en el Distrito Federal de México, cuando en el año 2008 se reguló, en adición al divorcio administrativo que ya existía desde 1932, el divorcio unilateral incausado. Esto dio lugar a posturas contrarias a la reforma, que cuestionaban su constitucionalidad desde la óptica del derecho al debido proceso:

Sin desacreditar las motivaciones justas o válidas del legislador, creemos que el ejercicio no resuelve los problemas que busca atender al no evitar conflicto y desgaste al momento de la separación y, por el contrario, violenta la garantía de audiencia.

La raíz del problema no radica en la existencia o no de causales, sino en la impartición de justicia en México, en particular la falta de un procedimiento ágil y especializado que les permita a las partes recibir una resolución rápida y justa a su conflicto matrimonial, en el caso de que solo una de las partes desee el divorcio, guardando el respeto a los derechos de ambas partes (Chico González, 2010, p.12).

Finalmente, nos encontramos con que la figura del divorcio de común acuerdo por cese de la convivencia presenta un escenario conveniente para la desjudicialización, toda vez que se evitan los problemas antes descritos, pues sin acuerdo no podría procederse al divorcio y el cónyuge que tiene la intención de disolver el matrimonio debería explorar una opción diferente. El caso más sencillo se da con aquellos matrimonios en que no hay hijos o en que ellos son mayores de edad. En tal situación, bastaría con una revisión de cumplimiento de determinados requisitos sumada a la verificación de la voluntad de ambos cónyuges para proceder al divorcio, similar a la forma en que se celebra un matrimonio.

Esto se complica sustancialmente cuando deben regularse las materias concernientes a hijos menores de edad, es decir, cuidado personal, alimentos y régimen de relación directa y regular. Normalmente los cónyuges acompañarían un acuerdo por escrito en donde detallan cómo procederán respecto de las materias antes señaladas o también podrían haberlo regulado con anterioridad en un acuerdo de mediación aprobado judicialmente, pero en ambos casos es un juez de familia quien debe verificar el cumplimiento de requisitos de forma y, sobre todo, fondo.

En tal sentido, se dice que difícilmente podría un oficial de registro civil o un notario calificar de completo y suficiente el acuerdo presentado por los cónyuges si estos funcionarios carecen de la preparación técnica que tiene un juez. Tal es la opinión de la Corte Suprema emitida en el oficio N° 86-2022 al señalar:

La idea de traspasar semejante responsabilidad –la de autorizar el divorcio de común acuerdo y controlar la completitud y suficiencia del convenio regulador de relaciones mutuas y para con los hijos- a la figura del notario o a la del oficial de Registro Civil desatiende la especial preocupación del legislador por los derechos e intereses tanto del cónyuge más débil, como de los hijos/as del matrimonio.

En efecto, la función propia de los notarios es la de autorizar y guardar, en calidad de ministro de fe, los instrumentos que ante él se otorgaren, dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren y practicar las demás diligencias que la ley les encomiende (artículo 399 del Código Orgánico de Tribunales). El oficial de Registro Civil, entretanto, también realiza algunas funciones de naturaleza notarial, por ejemplo, mediante la autorización o registro de ciertos actos relacionados con la identidad o el patrimonio de las personas. Ninguna de estas dos figuras –ni la del notario, ni la del oficial de Registro Civil- realiza propiamente un examen de mérito de los actos verificados ante sí, sino a lo más un control formal que en nada se asemeja al matiz tutelar y garantista que despliegan los jueces y juezas en los asuntos de su conocimiento.

Nuestra opinión coincide parcialmente con la Corte Suprema pues, tomando en consideración la forma en que está estructurada la institucionalidad actual, difícil sería lograr la protección del interés superior del niño y del cónyuge más débil sin autoridades capacitadas y especializadas para dichos efectos. Como ya menciona el citado oficio, las actividades que realizan los funcionarios propuestos para hacerse cargo del divorcio tienen una naturaleza más bien registral, es decir, si el divorcio se redujera a dar fe de la celebración del acto y la verificación formal del cumplimiento de ciertos requisitos, entonces sería posible entregarles esta competencia, como ya mencionamos a propósito del divorcio de común acuerdo sin hijos. El problema surge cuando hablamos de entregar a estos funcionarios la labor de realizar calificaciones jurídicas importantes que implican la protección de determinadas personas en situación de posible vulnerabilidad. Un punto de vista similar expresa la Corte Suprema en el informe ya citado anteriormente:

Un acercamiento más cauteloso a la desjudicialización de los divorcios por mutuo consentimiento, en cambio, podría al menos hacer una diferencia en el tratamiento de aquellos en que no hubiere hijos/as involucrados y aquellos en que sí los hubiere, dejando a estos últimos bajo el conocimiento de los tribunales de familia, y liberando del control judicial solo a los primeros.

3.8. Costo del divorcio extrajudicial.

Un aspecto no menor a la hora de proponer la tramitación de un divorcio por vía extrajudicial es considerar el costo que éste pueda representar, más teniendo en consideración que el divorcio judicial es gratuito, sin contar el precio de la asesoría letrada de cada parte.

Según una indagación realizada en Chile, los honorarios a pagar con motivo de la tramitación de un divorcio oscilan entre \$149 990 y \$1 500 000, en pesos chilenos, añadiendo que los precios más bajos corresponden al divorcio de común acuerdo (CNN Chile, 2019). Podemos tener esto a la vista para establecer una comparación con el costo del divorcio en algunos de los países que hemos estudiado en el capítulo anterior, distinguiendo entre aquellos que han consagrado un divorcio notarial y uno administrativo. Es necesario añadir que la conversión de las distintas divisas que mencionaremos a la moneda local, peso chileno, se hacen teniendo en consideración su valor durante el mes de mayo de 2022, fecha de redacción del presente apartado.

En primer lugar, la posibilidad divorciarse ante notario suele anteceder la pregunta por la magnitud de los honorarios del mismo. En España, el llamado “divorcio exprés” tramitado ante notario puede llevarse adelante sin necesidad de que intervengan abogados y tiene un costo de alrededor de €500 euros más IVA para cada cónyuge, \$446 070 en pesos chilenos, cifra que crece a €605 euros si se aplica el mencionado impuesto, lo que resulta en un total de \$539 744 en moneda local (Bermejo, 2021).

En un caso más cercano geográficamente tenemos que en Perú el costo del divorcio tramitado ante notario varía según el precio que fije cada notaría. De acuerdo a investigaciones periodísticas de ese país, el precio del trámite de divorcio notarial oscila entre los S/900 y S/2 800 soles (Gestión, 2021), entre \$202 936 y \$631 358 pesos chilenos.

Como último ejemplo de la sede notarial, en Bolivia existe una fijación estatal de los aranceles de diversos trámites ante notario, incluyendo el divorcio de común acuerdo que tiene un costo total de Bs2 000 bolivianos, compuesto del arancel notarial de Bs1 000 bolivianos, alícuota a favor del estado de Bs500 bolivianos y honorario de la notaria o notario de Bs500 bolivianos (Dirección del Notariado Plurinacional [DIRNOPLU], s.f.). El monto total a pagar por el trámite equivale a \$240 273 pesos chilenos.

De esta forma podemos ver que el trámite tiende a encarecerse cuando se encarga su tramitación a los notarios, tal como ocurre en España, en donde el monto estimado mínimo de la tramitación del divorcio ante notario está cerca de triplicar los honorarios más económicos de un abogado en Chile. A pesar de esto, una comparación con los ejemplos de Perú y Bolivia nos ayuda a entender que no debemos exagerar este encarecimiento, pues si revisamos los aranceles más bajos de dichos países podemos concluir que conducen a soluciones incluso menos costosas, pues debemos tener en cuenta que en Chile cada parte debe estar patrocinada por un abogado distinto, duplicando este valor estimado y haciendo el trámite más oneroso que en los ejemplos cercanos citados anteriormente.

Por otra parte, podemos hacer un análisis similar con algunos de los países respecto de los cuales hemos descrito anteriormente la existencia del divorcio administrativo. En la misma línea del divorcio notarial, revisaremos los costos en un país europeo y dos países latinoamericanos. Ya hablábamos de Portugal al referirnos a legislaciones que han consagrado el divorcio administrativo y en el portal web para servicios públicos este país explica al público general cómo funcionan las distintas modalidades de divorcio, además de indicar el valor a pagar en caso de acceder al divorcio por mutuo

consentimiento a través del registro civil, cifra que asciende a €280 euros por regla general o €625 euros si la pareja, además de tramitar el divorcio, solicita la partición de bienes y todos los trámites registrales que ello conlleva (Eportugal, s.f.). En moneda nacional, estos valores equivalen a aproximadamente \$247 000 y \$550 000 pesos chilenos, respectivamente.

Acercándonos a la realidad local de Latinoamérica tenemos caso de Perú que, como ya señalamos, tiene un sistema mixto que incluye tanto divorcio notarial como administrativo por medio de las municipalidades. En este último caso, el costo del trámite municipal varía según la localidad, oscilando entre los S/130 y S/674 soles (Gestión, 2021), lo que daría un rango de entre aproximadamente \$29 000 y \$150 000 pesos chilenos.

Por último, nos encontramos con el ejemplo de México, específicamente su capital Ciudad de México, lugar en que el costo de la tramitación del divorcio administrativo ante el registro civil asciende a la suma de \$1 367 pesos mexicanos (Gobierno de la Ciudad de México, Secretaría de Administración y Finanzas, s.f.), es decir, aproximadamente \$57 000 pesos chilenos.

Teniendo en consideración estos ejemplos, consideramos que existen pocos casos de desjudicialización del divorcio en que realmente el trámite se vea encarecido para el usuario. Si bien hay casos extremos, como ocurre con el divorcio notarial español o el divorcio administrativo portugués con partición de bienes, debemos ser precavidos y considerar todas las opciones disponibles para la población. En España es posible acceder a otras vías de divorcio de común acuerdo si se considera que el precio es demasiado alto, como lo es la judicial, existiendo además el derecho a la asistencia letrada gratuita cuando se necesitare, como lo señala el artículo 119 de la Constitución española, regulado en mayor detalle por la Ley 1/1996; Portugal, por otra parte, permite que los

cónyuges puedan acceder al trámite en forma gratuita si acreditan que su situación socioeconómica no les permite costearlo. Estos casos se asemejan al Privilegio de Pobreza chileno y en nuestra opinión no habría razón para descartar su eventual aplicación a un procedimiento de divorcio tramitado ante notario o una institución administrativa, considerando que éste ya es aplicable a otras gestiones de similar naturaleza, como servicios notariales o inscripciones y certificaciones ante el Conservador de Bienes Raíces.

En este orden de ideas, si el divorcio por vía notarial llegase a legalizarse en nuestro país, reiteramos la postura expresada a propósito de la exclusividad de competencias: siempre debe existir la posibilidad de tramitar el divorcio ante los tribunales de justicia para no convertir el divorcio en una gestión totalmente privada. Podemos ir más allá e intentar prevenir desigualdades mediante la sugerencia de una rigurosa fijación estatal de tarifas máximas para este trámite en particular, pues dejar el volumen de estos costos al arbitrio de las notarías puede derivar en casos extremos. Ya detallábamos los valores del divorcio ante notario en Perú, en donde el más costoso de los divorcios puede llegar a ser el triple del valor del más barato.

En otro sentido, vemos que estas tarifas tienden a disminuir cuando se entrega la competencia sobre el divorcio a una entidad estatal de carácter administrativo y esto tiene sentido, pues en estos casos es el fisco quien costea parcialmente el servicio al destinar parte de su presupuesto a la creación de nueva institucionalidad y puestos de trabajo. Al contrario, en los casos de divorcio notarial parecen ser los cónyuges quienes directamente financian el servicio de divorcio extrajudicial, aliviando la carga que esto podría tener para el fisco.

La decisión sobre la proporción en que el usuario del servicio debe soportar los costos del mismo dependerá de diversos factores presupuestarios y las prioridades que los gobernantes tengan respecto del tema. Así las cosas, creemos que un eventual divorcio extrajudicial no puede convertirse en un trámite extremadamente costoso para el usuario, pues esto lo convertiría en un privilegio exclusivo para aquellos que puedan costearlo, lo que no sería coherente con la finalidad aliviar la carga de trabajo de los tribunales, ya que las personas con ingresos moderados o bajos verían como única alternativa acudir a la autoridad judicial para la disolución de sus matrimonios. En esta misma línea de pensamiento y a fin de generar condiciones de equidad, reiteramos nuestra opinión según la cual el privilegio de pobreza debiese ser aplicable frente a un eventual divorcio extrajudicial que requiera el pago de algún tipo de tarifa.

Finalmente debemos señalar que, a nuestro juicio, la dimensión negativa del *ius connubii* incluye no solo el derecho a permanecer soltero, sino también el derecho a dejar de estar casado cuando el individuo titular de este derecho ya no lo desee, sea cual sea la razón que motiva a dicho deseo. En tal sentido, si el derecho a divorciarse forma parte de este *ius connubii*, sería desafortunado caer en una realidad en que su ejercicio se haga oneroso más allá de lo razonable.

3.9. Necesidad de intervención de abogado o de asesoramiento letrado.

Una discusión que se ha generado a partir de la implementación del divorcio extrajudicial en el derecho comparado dice relación con el requisito de intervención de un letrado en este proceso. Las alternativas de imponer la

asistencia letrada o no, constituyen opciones de política legislativa con buenos argumentos en uno y otro sentido.

Quienes promueven la suficiencia de la intervención personal de los cónyuges buscan abogar por una mayor informalidad en el trámite del divorcio, una minimización de los costos asociados a él y, para algunos, dado que el acto de celebración del matrimonio no requiere de la intervención de abogado, no tiene razón de ser necesaria en su *contrarius actus*: el divorcio consensual (Culaciati, 2018, p. 396).

Por otra parte, para justificar la obligatoriedad de la asistencia letrada podemos recalcar la importancia que estos expedientes, en especial el convenio regulador, lleven el sello de la calidad técnica de un profesional del derecho. Es atendible esta postura, que en conjunto con la evolución que supone la desjudicialización del divorcio, viene en reforzar el rol del abogado, de un papel confrontacional a uno conciliador, e idealmente propender a su cada vez mayor especialización, no solo en materias de derecho de familia y protección del interés superior de los hijos, sino también en habilidades blandas, tales como el diálogo, la paciencia y el sentido común para llevar a buen puerto las desavenencias que se produzcan en el marco de la elaboración del convenio regulador.

Existen quienes son del criterio que, en todo caso, para los que sugieren la posibilidad de intervención del abogado, ésta debiera ser optativa para los divorciantes, como lo puede ser en cualquier asunto notarial, aun defendiendo la tesis de la comparecencia por sí mismos de los cónyuges, y sólo por excepción, de apoderados, incluidos aquí los abogados. Esta posición es la que sigue en Cuba el Decreto-Ley No. 154/1994 en su artículo 2, primer párrafo (Pérez Gallardo, 2009, p. 236).

Creemos que, dados los intereses y derechos que deben verse efectivamente cautelados, así como el rol conciliador que debe cumplir el abogado, el asesoramiento letrado debería ser fundamental, a lo menos, en la etapa de la elaboración del convenio regulador.

Conclusiones: Hacia el divorcio desjudicializado en Chile.

Dedicaremos la sección final del presente trabajo a proponer lo que es, a nuestro juicio, la vía más conveniente para avanzar hacia una desjudicialización del divorcio.

Antes de referirnos a nuestra propuesta concreta, estimamos necesario referirnos al proyecto de ley que busca modificar la LMC en cuanto al divorcio de mutuo acuerdo, toda vez que en capítulos anteriores nos hemos referido al informe en que la Corte Suprema opina sobre el mismo.

Este proyecto de Ley, correspondiente al boletín N° 14.866-07, tiene por finalidad no solo la desjudicialización del divorcio de común acuerdo, sino también remover la exigencia de acreditar el cese de la convivencia entre los cónyuges por un año, convirtiéndolo esencialmente en un divorcio incausado. Para justificar la tramitación del divorcio, se alude principalmente a tres finalidades: simplificar la tramitación del divorcio, reducir la carga de trabajo que pesa sobre los juzgados de familia y las corporaciones de asistencia judicial, y, mejorar el acceso a la justicia para aquellas personas que no logran acceder a un cupo de asistencia letrada gratuita o para quienes se encuentran en un sector socioeconómico que no califica para dicha asistencia, pero que aun así les significa una carga costear los honorarios de un abogado. Además de esto, se

menciona que la actual forma de tramitación del divorcio, mediante un procedimiento adversarial, no se condice con la intención del legislador de buscar soluciones autocompositivas, más si se considera que el divorcio de mutuo acuerdo es una institución esencialmente cooperativa para los cónyuges.

En concreto, el proyecto solo propone la modificación de dos artículos de la LMC. Se busca reemplazar el inciso primero y segundo del artículo 55 por lo siguiente:

Sin perjuicio de lo anterior, los cónyuges, de mutuo acuerdo, podrán dar término a su matrimonio mediante escritura pública o acta extendida ante oficial de Registro Civil, debiendo contener estos instrumentos, una regulación completa y suficiente de sus relaciones mutuas y con respecto a los hijos comunes, según lo previsto en el artículo 21 de la Ley N 19.947. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges que se divorcian.

Y, por otra parte, agrega al artículo 59 un inciso tercero en los siguientes términos: “El divorcio contemplado en el artículo 55 inciso primero, producirá sus efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción matrimonial, la respectiva escritura pública o el acta extendida ante el oficial del Registro Civil.”

Estimamos que las reformas propuestas por este proyecto son insuficientes para proteger los intereses comprometidos al momento de la ruptura matrimonial, especialmente en todo lo que dice relación con el interés superior de los hijos.

Tenemos, en primer lugar, que se propone el término del matrimonio ante el Registro Civil con dos requisitos: que se haga mediante escritura pública o acta extendida ante el Oficial Civil y que ese documento incluya el convenio regulador que actualmente se pide en sede judicial. Un gran problema que se evidencia a simple vista es que la completitud y suficiencia de este acuerdo es algo que normalmente debe ser calificado por el juez, pero en el caso de este proyecto, al no especificarse un funcionario, la lógica indicaría que se está entregando al Oficial Civil la labor de emitir juicio sobre los contenidos de este acuerdo. Esto no algo negativo o perjudicial en sí mismo, pero debemos recalcar que solo se pretende introducir las dos modificaciones citadas textualmente en este apartado, lo que quiere decir que en nada se modificaría la institucionalidad del Registro Civil, por lo que no existirían funcionarios especializados para suplir la labor que actualmente realiza el juez al evaluar el convenio regulador.

En el mismo sentido, considerando que nada se dice al respecto en las ideas generales que anteceden al proyecto de ley, no queda más que preguntarnos si quienes lo promueven han considerado la necesidad de capacitar al personal del Registro Civil para encargarse de esta labor y la posibilidad de crear nuevas oficinas al interior del registro, con funcionarios especializados en materias de familia.

A pesar de que creemos que avanzar hacia un divorcio incausado y desjudicializado es la dirección correcta, nos parece que esto no debe hacerse de forma antojadiza y sin considerar los intereses jurídicos más sensibles que pueden verse comprometidos en la ruptura.

Vale la pena referirnos a la Ley N° 21.394 de 30 de noviembre 2021, que introduce diversas reformas de orden procesal a fin de aminorar el impacto de la pandemia por COVID-19 en el funcionamiento de los tribunales de justicia.

El artículo 4° de dicha ley indica las modificaciones hechas a la Ley de Tribunales de Familia, incorporando en el número 3) un nuevo artículo 64 bis en los siguientes términos:

Artículo 64 bis.- En los divorcios de mutuo acuerdo, cumplidos los requisitos señalados en el artículo 55 de la ley N° 19.947, que establece nueva ley de matrimonio civil, el tribunal podrá acceder de plano a la demanda si las partes así lo solicitan y acompañan en ese acto los documentos necesarios para acoger la pretensión.

Para lo dispuesto en el inciso anterior, las partes, a través del sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, deberán acompañar los documentos fundantes de su solicitud y, para efectos de lo dispuesto en el inciso final del artículo 55 de la citada ley, dos declaraciones juradas de testigos que permitan acreditar que no ha existido por parte de los cónyuges reanudación de la vida en común con ánimo de permanencia. De la misma forma, y sin perjuicio de la prueba documental que pudiera presentarse, podrá acreditarse el tiempo de cese de la convivencia, tratándose de un matrimonio celebrado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley N° 19.947.

Las declaraciones juradas a que hace referencia el inciso anterior podrán ser suscritas mediante firma electrónica simple.

Esta modificación legal reafirma nuestra convicción ya expresada en el capítulo anterior del presente trabajo: Un procedimiento esencialmente adversarial no es el método idóneo para la tramitación del divorcio de mutuo

acuerdo el cual debe enfocarse en ser, un proceso de vida esencialmente cooperativo para la familia.

Entonces, es necesario preguntarnos cuáles son las razones que justifican que todo divorcio, incluso el de mutuo acuerdo, sean judiciales y adversariales. Para la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago el hecho de que el divorcio sea causado es suficiente motivo para que éste tenga la tramitación del procedimiento ordinario de familia:

La causal objetiva antes referida está constituida por una situación de hecho consistente en el cese de la convivencia y no por el mutuo acuerdo de los cónyuges, razón por la cual éste debe ser acreditado por los medios de prueba legal en un juicio contradictorio, que le permita al sentenciador formarse plena convicción sobre los hechos invocados, no siendo suficiente, para este efecto, que los cónyuges consientan en el tiempo por el cual se ha prolongado la separación (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 8080-2006).

No discutiremos que en el contexto de un divorcio causado es necesario que quien lo solicita acredite suficientemente la causal legal en que se ampara, sin embargo, llama la atención que la Corte estime que, además de la debida acreditación de dicha causal se requiera que el juicio sea contradictorio entre las partes, pues esto en nada se relaciona con la necesidad de prueba ni con la realidad, teniendo en consideración que en el fragmento citado se habla sobre un divorcio de común acuerdo. Si vamos más allá y vemos al consentimiento de los cónyuges como un requisito de la acción de divorcio en este caso específico, sin el cual la acción no puede ejercerse (Barrientos Grandon, 2011), entonces será de toda lógica que un procedimiento contradictorio no esté en sintonía con la realidad: Si los cónyuges han consentido en solicitar el divorcio,

sería ingenuo esperar que éstos intenten objetar o desacreditar las pruebas presentadas por su “contradictor”, asimismo, mal podríamos creer que los cónyuges intentarán frustrar la pretensión de su contraparte en dicho juicio. En nuestra opinión, el juicio no es contradictorio para los cónyuges entre sí, sino que pareciera que el conflicto se da entre éstos y los obstáculos que la ley les pone en frente.

Así las cosas, creemos que el primer paso hacia la desjudicialización consiste en la remoción de la causal de cese de convivencia en el divorcio de común acuerdo y sustituirla por un requisito de antigüedad del matrimonio. En el derecho comparado se han fijado diversos plazos que van desde los tres meses hasta un año, este último término parece el más conservador para efectos de la transición hacia un nuevo sistema de divorcio incausado. Esta modificación, por cierto, debe ir de la mano con entregar la competencia privativa sobre el divorcio de común acuerdo a una entidad distinta de un tribunal.

Llegado el momento de optar por la vía notarial o una vía administrativa, no nos olvidamos de que aquello es una decisión que involucra múltiples factores, siendo uno muy importante el económico. En términos generales, como ya mencionábamos a propósito de los costos del divorcio, la decisión entre divorcio notarial y divorcio administrativo implica determinar sobre quién recaerá la mayor parte de la carga económica.

Si bien, es cierto que los notarios ya están capacitados en Derecho por su calidad de abogados y la existencia misma de las notarías evitaría la necesidad de creación de nueva institucionalidad, también es cierto que la posibilidad de una reforma ágil no es razón suficiente para su implementación, por no mencionar que, como ya se ha experimentado en el derecho comparado, se

tiende a no privar a los tribunales de la competencia sobre los divorcios, por lo que no se cumpliría con la descongestión de la labor judicial.

A pesar de las dificultades que podría significar para el estado, reafirmamos la opinión emitida con anterioridad, según la cual el derecho a divorciarse no puede ser convertido en algo extremadamente costoso, pues esto solo convertiría al eventual divorcio extrajudicial en un privilegio para quienes tengan los medios para costearlo. Como ya hemos mencionado en la comparación de costos en el capítulo 3, el divorcio tiende a encarecerse cuando se entrega a la competencia de los notarios.

En tal sentido, el divorcio administrativo se nos presenta como la mejor opción, opinión compartida por la ex presidenta de la Asociación Nacional de Magistrados, María Soledad Piñeiro, que fue consultada a propósito de la tramitación de la Ley N° 21.394 por la Comisión de Constitución, lo que se vio reflejado en el segundo informe de dicha comisión, de 30 de mayo de 2021:

Consignó que, en general, el gremio que representa está de acuerdo con las propuestas en materia de tribunales de familia. Únicamente, planteó que sería conveniente analizar si el divorcio de común acuerdo se puede convertir en uno de los trámites posibles de realizar ante el Registro Civil, en las condiciones del artículo 64 bis que incorpora el proyecto de ley (p. 57).

La transición hacia un divorcio administrativo debería ser lenta, comenzando por aquellos matrimonios sin hijos que decidan poner fin al matrimonio de común acuerdo, pues actualmente se carece de la institucionalidad necesaria para la revisión del convenio regulador. Una alternativa que permitiría a los matrimonios con hijos acceder al divorcio

administrativo es la posibilidad de que el acuerdo de relaciones mutuas sea aprobado judicialmente, como se hace con las mediaciones exitosas hoy en día, y, posteriormente, presentarlo al Oficial de Registro Civil para acreditar que se cumple con el requisito de regular las materias concernientes a los hijos.

En nuestra opinión, un escenario ideal sería aquél en que se dote al Registro Civil de profesionales especializados que cuenten con las habilidades para cautelar el interés superior de los hijos involucrados. De esta manera se avanzaría a un verdadero alivio en la carga de trabajo de los tribunales de familia. Como ya hemos mencionado, esto implicaría un costo significativo para el Fisco, pero creemos que la creación de nuevos puestos de trabajo en el sector público y las facilidades que se entregarían a la ciudadanía son suficientes para justificar dicho gasto.

En cuanto al principio de protección al cónyuge más débil, ya señalábamos en el desglose de los principios del derecho de familia que sus grandes manifestaciones son la compensación económica y la llamada cláusula de dureza, aunque esta última no tendría aplicación a un divorcio de común acuerdo en términos realistas, considerando que es el consentimiento de los cónyuges el que habilita para ejercer el derecho y mal podría asumirse que uno de ellos intentará enervar dicho ejercicio. Respecto de la compensación económica, podría pensarse que optar por el divorcio administrativo impediría el ejercicio de este derecho, pues normalmente los cónyuges pueden llegar a un acuerdo sobre su monto o, en caso contrario, se debe hacer valer durante el juicio de divorcio, ya sea en la demanda, escrito complementario de la demanda o en la reconvenición, como señala el artículo 64 de la LMC. En nuestra opinión nada obstaría a la creación de una norma como aquella del Artículo 27 inciso final de la Ley N° 20.830, que regula el Acuerdo de Unión Civil y, en definitiva,

entregar un plazo de seis meses a aquel cónyuge que considere tener el derecho a demandar la compensación económica ante los tribunales de familia. Debemos, sin embargo, hacer la prevención de que dicha norma sufre de una técnica legislativa criticable, toda vez que la carga de notificar sobre el término del AUC recae en uno de los convivientes. El problema yace en que dicha notificación, que no es requisito para la validez de la terminación, también cumple el rol de informar al otro conviviente de la posibilidad de demandar compensación económica. Creemos que en el eventual divorcio administrativo debe ser el Oficial de Registro Civil quien informe a los cónyuges sobre este derecho, tal como ya cumple un deber de información similar durante los trámites conducentes a la celebración del matrimonio.

Para finalizar, no desestimamos la posibilidad de que en algún momento todo divorcio pueda tramitarse por una vía extrajudicial, sin embargo, para esto es necesario eliminar la figura del divorcio por culpa. Ya explicábamos nuestra opinión sobre la dimensión negativa del *ius connubii* y cómo consideramos que el derecho a divorciarse es inherente a la persona humana, en tal sentido, resulta poco conveniente asociar el ejercicio de este derecho a una institución que esencialmente consiste en decretar el divorcio como una sanción. Esto no significa que creamos que una infracción grave a los deberes del matrimonio o para con los hijos deba quedar impune. Para nosotros, el derecho de familia debe avanzar en materia de indemnización de perjuicios, pues incluso si no se considera que estos deberes son obligaciones estrictamente jurídicas, a todas luces determinan deberes de conducta que al ser infringidos pueden dar lugar a daños en contra de algún miembro de la familia. En definitiva, admitimos que el avance hacia la eliminación del divorcio por culpa es un tema complejo que escapa al objeto del presente trabajo, sin embargo, creemos necesario hacer esta

mención y plantear la duda sobre la existencia de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico.

Referencias

- Barrientos Grandon, J. (2011). *Derecho de las personas: El derecho matrimonial* (1. ed). Abeledo Perrot : Thomson Reuters.
- Carrión García de Parada, P. (2000). Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso. *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio (34).
- Chiba, Y., Tokoya, F., Tsuji, A., & Tanaka, M. (2005). *Manual de Derecho Civil 5: Derecho de Familia* (Segunda Edición). Horitsu Bunka Sha.
- Chico González, L. A. (2010). La inconstitucionalidad del divorcio incausado vigente en el Distrito Federal. *Epikēia. Revista de Derecho y Política*, Núm. 14, 1-13.
- Culaciati, M. M. (2018). *El Divorcio contemporáneo: pasado, presente y perspectivas de futuro*. Ediciones Olejnik.
- Del Picó Rubio, J. (2019). *Tratado de Derecho Conyugal*. Thomson Reuters.
- Domínguez Hidalgo, C. (2005). Los principios que informan el derecho de familia chileno: Su formulación clásica y su revisión moderna. *REVISTA CHILENA DE DERECHO*, volumen XXII, N°2.
- Farias, C. C. de. (2007). O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei n° 11.441/07). *Lúmen Júris*.
- Hijas Cid, E. (2016). El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: Naturaleza, contenido y límites. *El Notario del Siglo XXI*, 67.

- Kos-Rabcewicz Zubkowski, L. (1961). El Derecho de Familia en la Unión Soviética. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N°20, 97-107.
- Lepín Molina, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, 9-55.
- Lucas, S., & Albert, J. (2020). Evolución del divorcio en sede notarial en Ecuador y en el sistema notarial latino. *Opuntia Brava*, 12(1), 446-453.
- Ordelin, J. (2015). Dos décadas de divorcio notarial en Cuba: ¿Hacia dónde vamos? *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 4-5, 15-42.
- Pérez Gallardo, L. (2008). El divorcio en el derecho cubano. En A. Acedo y L. Pérez Gallardo (Coords.), *El divorcio en el Derecho Iberoamericano* (pp. 209-284). Editorial Reus.
- Pérez Gallardo, L. (2009). 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*, Núm. 23, 214-262.
- Ramos Pazos, R. (2010). *Derecho de familia* (7. ed., actualizada). Editorial Jurídica de Chile.
- Soto, I. (2015). Matrimonio y divorcio en sede notarial. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 65(264), 119-150.
- Wagatsuma, S., Ariizumi, T., Endo, H., & Kawai, K. (1999). *Derecho Civil 3: Ley de Parentesco y Herencia* (Segunda Edición). Keiso Shobo.
- Pérez Hereza, Juan (2017). Divorcio notarial: problemas prácticos. *El Notario del Siglo XXI*, volumen 73.

<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7657-divorcio-notarial-problemas-practicos>

Empresa Pública Municipal de Vivienda Social de Milagro (s.f.). *Ley 2006-62, Ley Notarial de Ecuador de 28 de noviembre de 2006.*
<http://www.viven.gob.ec/wp-content/uploads/transparencia/literal/11.LN.pdf>

Consejo de la Judicatura (s.f.). *Código Orgánico General de Procesos.*
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>

Consejo de la Judicatura (s.f.). *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos.*
https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/LEY_REFORMATORIA_AL_COGEP.pdf

Presidencia de la República de Brasil (s.f.). *Ley N° 11.441 que modifica la Ley N° 5869.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm

Presidencia de la República de Brasil (s.f.). *Ley N° 13.105, Código de Proceso Civil Brasileño.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (s.f.). *Código de la Familia de Cuba.*
https://oig.cepal.org/sites/default/files/1975_ley1289_cub.pdf

Portal del Municipio de Ciego de Ávila (s.f.). *Ley 50 de 1984 sobre Notarías Estatales.*

https://www.ciegodeavila.gob.cu/images/PDF/nuestraRegion/Otras_Direcciones/Justicia/Ley_50_De_las_Notarías_Estatales_y_su_Reglamento.pdf

Fiscalía General de la República de Cuba (s.f.). *Decreto-Ley 154/1994, del Divorcio* *Notarial.*

<https://www.fgr.gob.cu/sites/default/files/DECRETO%20LEY%20154.pdf>

Función Pública (s.f.). *Ley 962 de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.*

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17004>

Función Pública (s.f.). *Decreto 4436 de 2005, sobre Divorcio ante Notario.*

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=18346>

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (s.f.). *Ley 29.227, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y Divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías.*

https://www.sunat.gob.pe/legislacion/nor_graf/2008/mayo/nl20080516.pdf

Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano (s.f.). *Decreto Supremo N° 009-2008-JUS, Reglamento de la Ley 29.227, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y Divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías.*
<https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/1792691-009-2008-jus>

Portal Jurídico Lexivox (s.f.). *Reglamento Ley N° 483, de 25 de enero de 2014 del Notariado Plurinacional, DS N° 2189, 20 de noviembre de 2014.*
<https://www.lexivox.org/norms/BO-DS-N2189.html#:~:text=Que%20la%20Ley%20N%20483,el%20ejercicio%20del%20servicio%20notarial>

Organización Internacional del Trabajo (s.f.). *Ley N° 870 de 24 de junio de 2014. Código de Familia de Nicaragua.*
<http://www.oit.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102158/123413/F39376266/LEY%20870%20NICARAGUA.pdf>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (s.f.). *Código Civil Español de 1889.*
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (s.f.). *Ley de Divorcio de 1932.*
<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/072/A01794-01799.pdf>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (s.f.). *Constitución Española de 1978.*
<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (s.f.). *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391>

Congreso de los Diputados (s.f.). *Constitución de la República Española de 1931*. https://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf

Congreso de los Diputados (s.f.). *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio*. https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/1_030_1981.pdf

Portal Legislativo del Ministerio de Justicia Rumano (s.f.). *Código Civil Rumano. Ley 287/2009, refundida en el Boletín Oficial de Rumania, parte I, n° 505, del 15 de julio de 2011*. <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/109884>

Asamblea Legislativa del Distrito Federal (s.f.). *Código Civil Para el Distrito Federal*. <http://aldf.gob.mx/codigos-107-4.html>

Portal de la Cámara de Diputados de México. *Código Civil Federal*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>

Normativa, el Portal del Derecho Vigente (s.f.). *Ley de 1 de diciembre de 1970, n. 898*. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1970;898>

Normativa, el Portal del Derecho Vigente (s.f.). *Decreto-Ley de 12 de septiembre de 2014, n. 132*. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto-legge:2014;132>

Diario de la República Electrónico (s.f.). *Decreto-Ley n.º 272/2001, de 13 de octubre*. <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/272-2001-621556>

Diario de la República Electrónico (s.f.). *Decreto-Ley n.º 131/95, Código de Registro Civil*. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34525275-58940607>

Gobierno de Japón. Directorio de leyes (s.f.). *Ley Meiji n.º 89, Código Civil*. <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=129AC0000000089>

Gobierno de Noruega (s.f.). *Ley N.º 47 de 4 de julio de 1991, Ley de Matrimonio*. <https://www.regjeringen.no/contentassets/165b14b004784e9c86944f2e2301ce85/helt-endelig-versjon-ekteskapsloven-engelsk-oppdatt-februar-2018-revidert-mht-kommentarer-fra-bld-og-jd-innarbeidet.pdf>

Ministerio de Infancia e Igualdad de Noruega (2009). *Separación y Divorcio*. Disponible en inglés en el sitio web: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/brosjyrer-sla/separation_and_divorce.pdf

Cable News Network Chile (17 de julio de 2019). *Desde \$149.990 puede costar un divorcio en Chile*. https://www.cnnchile.com/pais/costo-divorcios-chile_20190717/

Dirección del Notariado Plurinacional (s.f.). *Aranceles*. <https://dirnopluguob.bo/index.php/aranceles/>

Bermejo I. (25 de octubre de 2021). *¿Cuánto cuesta un divorcio? Estos son los precios de las tres modalidades posibles: mutuo acuerdo, exprés y contencioso.* La Razón.

https://www.larazon.es/economia/20211025/eu2nsnpr3newtdl762bxlqx_sxq.html

Gestión (27 de diciembre de 2021). *El costo del divorcio rápido y contencioso.*

<https://gestion.pe/tu-dinero/finanzas-personales/asi-cuesta-un-divorcio-rapido-o-contencioso-notarias-poder-judicial-municipal-causales-costos-tramites-nnda-nnlt-noticia/>

Secretaría de Administración y Finanzas. Gobierno de la Ciudad de México (s.f.). *Pagos y trámites en línea.*

https://data.finanzas.cdmx.gob.mx/formato_lc/conceptos/registro_civil/grupo

Eportugal (s.f.). *Solicitar el Divorcio o la Separación.*

<https://eportugal.gov.pt/cidadaos/pedir-o-divorcio-ou-a-separacao>

Godoy G. (28 de enero de 2020). *Número de causas por divorcio ingresadas a los juzgados aumentó en 2018.* Instituto Nacional de Estadísticas.

<https://www.ine.cl/prensa/2020/01/28/número-de-causas-por-divorcio-ingresadas-a-los-juzgados-aumentó-en-2018>