

# EL DIVORCIO NOTARIAL EN ESPAÑA

## (perspectiva en Derecho Comparado y problemática de la actual regulación)

ENMA MARÍA RODRÍGUEZ DÍAZ

### 1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de este trabajo es la reciente reforma en materia de divorcio de mutuo acuerdo o instado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, realizada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que modifica, entre otros, el Código civil y la LEC en materia de separación y divorcio. La nueva regulación presenta un especial atractivo porque ha supuesto la entrada de nuevos operadores jurídicos en las crisis matrimoniales, como son los notarios y los letrados de la administración de justicia, y por la especial naturaleza y vigencia de la cuestión, resultado del importante cambio en el grado de acuerdo entre los cónyuges, en las más de tres décadas de vigencia del divorcio. Según los datos del Consejo General del Poder Judicial, las primeras separaciones comenzaron siendo mayoritariamente contenciosas (67% del total en 1982), pero los procesos contenciosos y de mutuo acuerdo fueron igualándose en la década siguiente. En 1995 se registran por primera vez mayor número de procesos de mutuo acuerdo que contenciosos, y esta tendencia no hace sino aumentar en la última década. En 2012, el 66,2% de los divorcios y separaciones fueron de mutuo acuerdo<sup>1</sup>. Fue en febrero de ese año, cuando el entonces Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, presentó la reforma como una solución para “descongestionar los juzgados”, calculando que aproximadamente unos 18.000 de esos asuntos pasarían a los notarios<sup>2</sup>.

---

1 El VII informe sobre exclusión y desarrollo social en España de 2014, elaborado por T. Castro Martín y M. Seiz, Instituto de Economía, Geografía y Demografía, CSIC, constata que: “Las estructuras familiares, las trayectorias de vida familiar y las relaciones intra-familiares se encuentran inmersas en un profundo proceso de cambio (...) No obstante, desde una perspectiva histórica, las transformaciones acaecidas en las últimas décadas han sido particularmente rápidas. La tasa de divorcio se ha duplicado en la última década –pasando de 0,9 divorcios por 1000 habitantes en 2000 a 2,4 en 2012– y actualmente se sitúa ligeramente por encima de la media europea, que es un 2,0 (...) Hasta 2005, la separación era un requisito exigido para acceder al divorcio. Por tanto, la mayoría de los procesos judiciales de disolución matrimonial registrados eran separaciones (...) Por ejemplo, en el año 2000, los divorcios representaban solo el 38% de los procesos judiciales de ruptura matrimonial. A partir de la Ley 15/2005, la mayoría de las parejas que quieren poner fin a su matrimonio optan por el divorcio en lugar de la separación. En el año 2012, el 94,1% de los procesos de disolución matrimonial fueron divorcios, frente al 5,8% de separaciones y el 0,1% de anulaciones.”

2 [http://politica.elpais.com/politica/2015/07/03/actualidad/1435910139\\_730147.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/07/03/actualidad/1435910139_730147.html) (consultado en febrero de 2017).

Consagrado ya el divorcio notarial en la citada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se reconoce la intención del legislador de acomodar el ordenamiento jurídico español a los tiempos actuales, en consonancia con las concepciones que hoy día tiene la sociedad acerca de realidades como la familia, el matrimonio o el divorcio<sup>3</sup>.

Precisamente la conexión entre el derecho positivo y la realidad del matrimonio y su ruptura se han mantenido a lo largo de la historia, constituyendo antecedentes, a tener en cuenta, para entender mejor la normativa actual.

## 2. REFERENCIAS HISTÓRICAS

### 2. a. *El divortium en Roma: concepto*

Conocedores los pueblos de la antigüedad del fin del vínculo matrimonial<sup>4</sup>, Roma no fue una excepción<sup>5</sup>. Plasmada la esencia jurídica del matrimonio por los juristas clásicos, Modestino y Ulpiano como la unión del varón y la mujer, que comprende el *consortium* indivisible de la vida, comunicación del derecho divino y del humano<sup>6</sup>, sustentada en la *affectio maritalis* o consentimiento continuado de los esposos<sup>7</sup>, Virgilio aludía al *divortium* simbólicamente como el punto de intersección de dos caminos que se alejan en dirección opuesta<sup>8</sup>; jurídicamente representaba la ruptura del vínculo matrimonial que unía a los

3 Sobre su oportunidad, vid. Cerdeira Bravo de Mansilla, G., “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunidad político y su exigencia constitucional”, en *Separaciones y divorcios ante notario*, dir. por el citado autor, Madrid, 2016, págs. 47 a 81.

4 Deuteronomio, capítulo XXIV, versículos 1-4. “1. Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de divorcio, y se la entregará en su mano, y la despedirá de su casa. 2. Y salida de su casa, podrá ir y casarse con otro hombre. 3 Pero si la aborreciere este último y le escribiere carta de divorcio, y se la entregare en su mano, y la despidiere de su casa; o si hubiere muerto el postrer hombre que la tomó por mujer, 4 no podrá su primer marido, que la despidió, volverla a tomar para que sea su mujer, después que fue envilecida; porque es abominación delante de Jehová, y no has de pervertir la tierra que Jehová tu Dios te da por heredad.”

5 Vid. Volterra, E., v. “Divortium”, *Novissimo Digesto Italiano*, t. VI, pág. 62; Ruiz Fernández, E., *El divorcio en Roma*, Madrid, 1992, págs. 29 y ss.

6 D. 23,2,1 (*Modestinus, lib. I, Regularum*): “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”. IJ 1,9,1: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*”, atribuido a Ulpiano. Vid. Bonfante, P., *Corso di Diritto Romano. Volume Primo, Diritto di Famiglia*, Milano, 1963, pág. 263. Di Marzo, S., *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma, 1972, págs. 1 y ss. Robleda, S. J., *El matrimonio en Derecho Romano*, Roma, 1970, págs. 60 a 81; Pujal, C., “La concepción jurídica del matrimonio romano clásico”, en *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, págs. 605 a 610. Ortega Carrillo de Albornoz, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Madrid, 2006, págs. 19 y ss.

7 Robleda, *El matrimonio*, op.cit., págs. 111 a 144.

8 Virgilio, *Eneida*, 9, 379: “*Obiciunt equites sese ad divortia nota hinc atque hinc omnenque abitum custode coronant*”.

cónyuges, de tal modo que, tras caminar por el mismo sendero, cada uno se marchaba por su lado sin que quedara nada en común<sup>9</sup>.

El matrimonio se concibió durante siglos en Roma, hasta el fin de la etapa clásica en el s. III d. C., como una situación de hecho con efectos jurídicos, siendo uno de los requisitos esenciales la *affectio maritalis* o consenso continuado y recíproco de los cónyuges, dirigido al sostenimiento del vínculo conyugal, que puede manifestarse y comprobarse con cualquier medio. Paralelamente, el divorcio configuraba la cesación de la unión marital por la pérdida de la *affectio maritalis*, primero a instancia del marido y más tarde también por iniciativa de la mujer e incluso por mutuo consenso. No obstante, al lado de la expresión “*divortium*”, los romanos ya conocían la de “*repudium*”<sup>10</sup>. Discutido por los romanistas<sup>11</sup> el alcance de estos términos, un importante sector doctrinal aboga por estimar que el *repudium* pudo comprender inicialmente la disolución matrimonial por causa de un mal comportamiento de la esposa, que afectaba a las normas morales del matrimonio y del grupo familiar donde se desenvolvía, constituyendo una especie de sanción que permitiese su subsanación. Con el tiempo, *repudium* se utilizó bien como sinónimo de *divortium*, bien como expresión de un *repudium* marital con carácter unilateral; decía Bonfante<sup>12</sup> que en el derecho postclásico, con la influencia del cristianismo, el *divortium* supuso la disolución del matrimonio por el mutuo disenso y *repudium* la disolución por voluntad de una sola parte.

## 2. b. *El divorcio ab initio*:

El origen del divorcio en Roma se cree connatural al nacimiento de la ciudad, ligado a las *leges regiae*, fuentes del *ius sacrum*, al control de la organización familiar y al control por el Estado a través de la figura del censor<sup>13</sup>.

El historiador Plutarco<sup>14</sup> refirió la existencia de antiguas leyes atribuidas a Rómulo, el primer rey de Roma, que indicaba las causas por las que el marido podía repudiar a la mujer. Durante los primeros tiempos de la urbe se reconoció solo a los hombres el derecho al divorcio, habida cuenta de la severidad de

9 D. 24,2,2 pr. (*Gaius*, lib. XI *ad edictum provinciale*): “*Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium*”.

10 Ernout A. et Meillet, A., v. “pes, pedis -repudium”, *Dictionnaire etymologique de la langue latine: Histoire des Mots*, Paris, troisième éd., 1951, pág. 888.

11 Vid. el examen doctrinal realizado por Fernández Baquero, M. E., *Repudium-Divortium (Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto)*, Granada, 1987, págs. 201 a 212.

12 Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, op. cit., págs. 332 a 334. En contra, Di Marzo, *Lezioni*, op. cit., págs. 73 a 74.

13 Astolfi, R., *Il matrimonio nel Diritto Romano Preclásico*, Padova, 2002, págs. 117 y ss.

14 Plutarco, *Rom. 22*: “*Constituit quoque leges quasdam, inter quas illa dura est, quae uxori non permittit divertere a marito, at marito permittit uxorem repudiare propter veneficium circa prolem vel subiectionem clavium vel adulterium commisum*”: en Riccobono, S., *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars Prima, Florentiae*, 1968, pág. 8. Vid. las referencias doctrinales en Fernández Baquero, *Repudium-Divortium*, op. cit., págs. 247 y ss., y el comentario de Astolfi, *Il matrimonio nel Diritto Romano Preclásico*, op. cit., págs. 134 a 143.

las costumbres y de la frecuente entrada de la mujer en la *manus* o poder del marido. El divorcio en Roma hasta el s. III a. C. era una práctica poco habitual. Las causas por las que el marido podía divorciarse de su mujer, según el texto de Plutarco, eran el adulterio, las prácticas abortivas y la sustracción o falsificación de las llaves, en íntima conexión con la prohibición de beber vino por las mujeres, representativo del mal gobierno de la casa por la esposa<sup>15</sup>, si bien no son las únicas que relatan las fuentes literarias<sup>16</sup>.

Sin embargo, no existe en las fuentes jurídicas referencia a la forma en que se llevaba a efecto el divorcio en la primera etapa del Derecho Romano, fechada desde la Ley de las XII Tablas de mediados del s. V a. C. hasta el comienzo de la etapa clásica con el emperador Augusto en el s. I a. C.<sup>17</sup>. Es *communis opinio* que durante los períodos monárquico y republicano, el *divortium* no estaba sometido a norma escrita que lo disciplinase, ni en cuanto a las causas, ni respecto a la forma, cuyo incumplimiento acarrase la nulidad<sup>18</sup>. En las fuentes literarias y jurídicas se recogen expresiones como “*tuas res tibi habeto*”, “*tuas res tibi agito*”, “*i foras mulier*”, “*vade foras*”, interpretadas como la notificación a la otra parte de la ruptura del matrimonio por cese de la  *affectio maritalis*, aunque no fueran jurídicamente necesarias<sup>19</sup>.

A esta primera etapa pertenecen las referencias literarias a los “parientes”, especie de tribunal doméstico o consejo familiar (*iudicium domesticum* o *con-*

15 Plinio El Viejo, (Historia Natural, 13, 89-90): “*Fabius Pictor in annalibus suis scripsit matronam, quod loculos in quibus erant claves cellae vinariae resignavisset, a suis inedia mori coactam*”: alude a un caso donde una matrona fue condenada a morir porque había quitado el corcho a algunas botellas. En el mismo sentido Aulo Gelio, *Noctium Atticarum* X, 23, 1-4. Vid. Fernández Baquero, E., “Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho romano arcaico”, en *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, págs. 198 y ss.; sobre la autenticidad de las causas: Volterra, v. “Divorzio”, *Novissimo Digesto Italiano*, op. cit., pág. 62.

16 Valerio Máximo (*Factorum et dict. Memorab.*, 5,3,10-12): refiere el de *Sulpicius Gallus* que repudió a su mujer porque paseó con la cabeza descubierta o el caso de *Quintus Atrius Vetus* que repudió a su esposa por haberla visto hablar en público con un liberto o el de *Sempronius Sophius*, que repudió a su mujer por haberse atrevido a ir a los juegos sin su conocimiento. Cornelio Tácito (*Anales*, 13,32) trad. y notas J. L. Moralejo, 1980, cuenta cómo *Pomponia Grechina*, dama ilustre casada con *Plaucio*, fue culpada de superstición extranjera y entregada a su marido, “Éste, siguiendo la costumbre de los antiguos, hizo en presencia de sus parientes una indagación en la que se juzgaba de la vida y fama de su esposa, y la proclamó inocente”.

17 Ruiz Fernández, *El divorcio en Roma*, op. cit., págs. 32 y ss.

18 Cic., *De oratore*, 1, 40, 183, pág. 48.

19 “Ten para ti tus cosas, cuidate tus cosas”, recoge D. 24,2,2 & 1 (*Gaius, libro XI. ad Edictum provinciale*). Vid. Gómez Ruiz, C., *El divorcio y las Leyes Augústicas*, Sevilla, 1987, págs. 23 y ss.; Zablocki, J., “*Consensus facit nuptias*”, en *Marriage Ideal Law Practice*, Warsaw, 2005, págs. 235 a 247; Robleda, *El matrimonio*, op. cit., pág. 261; Daza Martínez, J., “La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio romano”, en *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, págs. 109 y ss. También se hace eco de ellas el comediógrafo latino Plauto, *Amphitruo*, III, 2, v. 47: “*Valeas, tibi habeas res tuas, reddas meas*”: en Costa, E., *Il Diritto Privato Romano nelle commedie di Plauto*, Roma, 1968, págs. 178 y ss.

*silium propinquorum*)<sup>20</sup>, sin que pueda determinarse con exactitud su función. La opinión más generalizada hace suponer que estaba formado por los parientes de ambos cónyuges hasta el sexto grado, que intervenía en las acusaciones y diligencias contra la esposa, investigando la veracidad de los hechos alegados a favor del divorcio y la gravedad de los mismos, tras oír a los cónyuges que, en muchas ocasiones se reconciliaban, precedente remoto de la actual mediación familiar y que debía ser convocado por el marido<sup>21</sup>, que también decidía la sanción a imponer a la esposa, que alcanzaba la pena de muerte: la sumisión de la mujer al marido conferida por la *manus*, le otorgaba al esposo el derecho de juzgar (era un *iudex domesticum*) jefe de todos los miembros de la familia<sup>22</sup>. Con la intervención de este consejo familiar se evitaba que el esposo impusiera sanciones arbitrarias, al considerar que éstas no habrían sido distintas de las adoptadas por dicho tribunal doméstico, de lo contrario, sería severamente juzgado por la opinión pública romana<sup>23</sup>. Respecto al divorcio promovido por la mujer, se conoció con la difusión de los matrimonios *sine manu*, sin sometimiento a la autoridad marital, admitiendo ya las XII Tablas la interrupción del *usus* y evitar la *manus* pernoctando fuera de casa tres noches consecutivas cada año. Asevera la doctrina<sup>24</sup> que después del s. III a. C. las mujeres se sirvieron del divorcio tanto como los hombres, describiendo las fuentes literarias la soberbia dominante en las esposas con rica dote, que amenazaban constantemente a sus maridos con el divorcio. No obstante, debe tenerse en cuenta que, de la misma forma que el matrimonio no concedía por sí sólo al marido el poder o *manus* sobre la mujer, con el divorcio el poder de la *manus* no se extinguía, razón por la que debía ser emancipada por el marido. Solo el divorcio y la emancipación de la mujer hacían desaparecer todo vínculo entre las partes. Cuando el marido se negaba a emancipar a la mujer, ésta instaba la intervención del Pretor, magistrado romano encargado, entre otras materias, de la *iurisdictio*<sup>25</sup>, que ordenaba al marido a emanciparla<sup>26</sup>. Cuando el marido no cumplía la orden del magistrado, éste daba por cumplida la *remancipatio*.

20 Fernández Baquero, E., “La familia en Roma: entre los ‘*mores maiorum*’ y la norma escrita”, en *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la romanística española (1940-2000)*, Huelva, 2001, págs. 109 a 115.

21 Valerius Maximus, *Factorum et dictorum memorabilia*, 6,3,8, pág. 37.

22 Brini, G., *Matrimonio e divorzio nel Diritto Romano, parte seconda, Il primo divorzio nel Diritto Romano*, Roma, 1975, pág. 153; Astolfi, *Il matrimonio nel Diritto Romano Preclásico*, op. cit., págs. 117 a 143 y ss.

23 Otra forma de evitar actos abusivos del esposo era el control por los censores, magistrados romanos encargados, entre otros, de la tutela de las costumbres, la *cura morum*, exigiendo al esposo la manifestación de los motivos del divorcio en los casos a ellos sometidos, que podían llevar aparejada la nota censoria infamante, con la consiguiente pérdida de prestigio social. Vid. Astolfi, *Il matrimonio nel Diritto Romano Preclásico*, op. cit., págs. 150 a 153.

24 Robleda, *El matrimonio*, op. cit., págs. 258 y ss.

25 Vid. Robles, J. M., *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma. Competencia civil y evolución*, Madrid, 2009, págs. 41 y ss.

26 Gayo, Inst, 1, 137.

2. c. *Formalidades de la declaración de divorcio a partir de la etapa clásica.*

Fueron las leyes matrimoniales augusteas, la *Lex iulia de maritandis ordinibus* del 18 a. C. y la *Lex Pappia Poppaea* del año 9 d. C., las que regularon que la intención de disolver el matrimonio por uno de los esposos debía comunicarse oralmente o por escrito al otro cónyuge, ante siete testigos, ciudadanos romanos y púberes, a fin de acreditar la fecha en que se hizo la notificación del divorcio, con intervención de un liberto del que proponía el divorcio o de un pariente suyo, que transmitía la voluntad a la otra parte, sin cuyo requisito no se consideraba *ratum* el divorcio<sup>27</sup>. Según la doctrina mayoritaria, la observancia de las formas prescritas no era necesaria para la eficacia civil del divorcio, sino para hacer constar su existencia a fin de no incurrir en delito de adulterio<sup>28</sup>, pues, en la etapa clásica, concebido el matrimonio como una relación de hecho, sustentada en la  *affectio maritalis* continuada, la ausencia de ésta incide directamente en el divorcio, como disenso o declaración de voluntad de no seguir siendo marido y mujer, que conduce indudablemente a la disolución del matrimonio. Resolvió Bonfante<sup>29</sup> que esta comunicación era propia del repudio, en cuanto cese de la  *affectio maritalis* por voluntad de uno de los cónyuges, mientras que para el divorcio de mutuo acuerdo esta forma no sería requerida.

La voluntad de divorciarse debía ser verdadera, real y firme, al menos, hasta que se hiciera la notificación al otro cónyuge, pues, arrepentido de la decisión, que era desconocida para el otro esposo, el matrimonio no se disolvía<sup>30</sup>. Era relevante la intervención del liberto, con un cometido específico: la notificación del divorcio al otro cónyuge o a un pariente, rompiendo a la vez las tablas del casamiento e inscribiéndose el divorcio en los *acta publica*<sup>31</sup>. Se cuestionó el carácter de la intervención del liberto: si era un tabelión, precedente del notario, a modo de redactor privado del documento, o bien un mensajero de una declaración de voluntad<sup>32</sup>.

Con la influencia del Cristianismo en el Bajo Imperio, una de las cuestiones que más disentió en el Derecho Romano fue la indisolubilidad del matrimonio. Mientras para el orden jurídico romano el vínculo matrimonial existía en función del consentimiento renovado o  *affectio maritalis*

27 D. 24,2,9, (*Paul. 2 de adult.*), D. 38,11,1,1 (*Ulp. 47 ad ed.*), D. 24,1,35 (*Ulp., 34 ad ed.*). Sobre la clasicidad de los textos, vid. Gómez Ruiz, *El divorcio y las Leyes Augústeas*, op. cit., págs. 27 a 42.

28 Vid. Ruiz Fernández, *El divorcio en Roma*, op. cit., págs. 94 y ss.

29 Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, op., cit., págs. 334 a 339.

30 D. 24,2,7 (*Papiniano. 1 adult.*).

31 Suetonio, *Caligula*, 36,2, hace referencia a los registros oficiales o actas: “*Quibusdam absentium maritorum nomine repudium ipse misit iussitque in acta ita referri*”.

32 Secrè, A., “Note sulla forma del documento greco-romano. 3: Il documento del *tabellio*”, *BIDR*, 35-36 (1927-1928), págs. 86 y ss; Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Madrid, 1986, págs. 84 a 93; Luzzatto, G. I., v. “*Tabelliones*” y v. “*Tabularius*”, *NNDI*, XVII (1971), págs. 1.014 a 1.021; Amelotti, M., v. “*Notaio (dir. rom)*”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, 1978, págs. 553 a 559; Bono Huerta, J., “Sobre la existencia y función del notariado románico hasta la Codificación”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIV, abril-junio, 1984, págs. 13 y ss.

que le servía de base, para la doctrina de la Iglesia es un sacramento, que se realiza con la unión de dos cónyuges de forma indisoluble, que prestan consentimiento una vez, al momento de contraer matrimonio, y se da para siempre<sup>33</sup>. La nueva concepción del matrimonio influyó gradualmente en los emperadores cristianos que dispusieron determinados motivos legales *-iustae causae-* para el divorcio lícito o no penado. Comenzaron con Constantino<sup>34</sup> y llegaron hasta Justiniano. Mientras el matrimonio y el divorcio para los clásicos eran dos momentos continuados en el tiempo, ligados por el mismo consenso, a partir de la etapa postclásica se distinguió entre la voluntad inicial y recíproca del hombre y de la mujer, dirigida a contraer matrimonio, y la nueva y posterior voluntad destinada a producir la ruptura del vínculo<sup>35</sup>. Si el divorcio era unilateral, entraba en juego el sistema de justas causas dispuesto por los sucesivos emperadores que, sin restar validez al divorcio, sancionaban al incumplidor<sup>36</sup>. Sin embargo, ninguna sanción afectó al divorcio *communi consensu*, al que la partes podían acceder con libertad. Esta situación fue limitada por vez primera en el Derecho Romano por el emperador Justiniano, en el año 542, que lo castigó con las mismas penas que el repudio o divorcio unilateral si tenía lugar fuera de las causas legalmente admitidas. No obstante, este paréntesis fue cerrado por el sucesor de Justiniano poco después de su muerte en el año 565: el emperador Justino II readmitió la licitud del divorcio por mutuo acuerdo<sup>37</sup>. Las formalidades que había introducido Augusto para el divorcio permanecieron en vigor hasta el año 449, con la innovación introducida por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III<sup>38</sup> consistente en la comunicación del divorcio por *libellus* o documento, sin presencia de testigos, que también mantuvo Justiniano<sup>39</sup>, aunque desconocemos el valor *ad sollemnitatem* o *ad probationem* de esta forma y si era exigible en todo caso o solo para la disolución del matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges.

33 Ruiz Fernández, *El divorcio en Roma*, op. cit., págs. 111 y ss.; Daza Martínez, “La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio romano”, op. cit., págs. 120 y ss.

34 Limitó el divorcio unilateral a instancia del marido, a la concurrencia de tres supuestos: si la esposa hubiere cometido adulterio, realizado un envenenamiento o fuese culpable de alcahuetismo. La esposa podía divorciarse si el marido cometió homicidio, envenenamiento o violación de sepulcros: C.Th. 3,16,1. De esta forma prohibió el divorcio por motivos caprichosos (marido borracho, jugador o frecuentador de otras mujeres), constitución del año 331 d. C.

35 Daza Martínez, “La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio romano”, op. cit., pág. 123.

36 C.Th. 3,16,2 (*Imppp. Honobius, Theod. et Constant. AAA. Palladio P.P., an. 421*). Vid. Orero Revert, J. A., “Las claves de una controversia doctrinal (C.Th. 3.16.2)”, en *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, págs. 492 a 505. C.J. 5,17,8 (*Theod. II et Valent. III, an. 449*).

37 Vid. Novela 117 (*an. 542*) y Novela 140 (*an. 566*). Vid. Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, op. cit., págs. 363 a 364.

38 C.J. 5,17,8 (*Theod. II et Valent. III, an. 449*).

39 Que recogió en el Código: C.J. 5,17,8 (*Theod. II et Valent. III, an. 449*) y C.J. 5,17,7 (*Constant. a Dalmatio, an. 339*).

### 3.- EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

#### 3.a. Regulación anterior a la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La evolución de la regulación del divorcio en el derecho positivo ha dependido del movimiento fluctuante ocasionado por las diferentes corrientes de pensamiento dominantes en cada momento y el importante papel que ha jugado la Iglesia con respecto a la concepción de la familia, posicionándose a favor de la indisolubilidad del matrimonio<sup>40</sup>. En nuestra historia reciente, la perpetuidad del matrimonio fue predicable de la Ley de 18 de junio de 1870 y de nuestro Código civil de 1881, aún cuando en la legislación castellana alto medieval (Fuero Juzgo y Partidas) se admitió el divorcio en ciertos supuestos<sup>41</sup>.

Ya en el siglo XX, la Constitución de la II República de 1931 estableció, por primera vez, un programa de principios dedicado a la familia. En su artículo 43 dispuso, entre otros, que el matrimonio podía disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación, en este caso, de justa causa. Sirvió de desarrollo legislativo la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, con base en la regulación del divorcio-sanción, del que quedaron reminiscencias en la Ley 30/1981, de 7 de julio, comúnmente conocida como “Ley del Divorcio”. Con esta última norma se superó en España la etapa que había defendido la indisolubilidad del matrimonio, evolucionando desde el restablecimiento del matrimonio canónico con la Ley de 12 de marzo de 1938, hasta un sistema matrimonial de carácter facultativo en función de la regulación contenida en leyes como la Ley de 24 de abril de 1958 y la Ley de 28 de junio de 1967, sobre Libertad Religiosa. La Ley 30/1981 introdujo las causas de nulidad, separación y divorcio, así como el cauce procesal para su efectividad. Consecuencia de ello fue la creación de los Juzgados de Familia por R.D. 1.322/1981, de 3 de julio. En el proceso matrimonial se ejercitaba la acción de divorcio, de las llamadas “constitutivas”, que pretendía la obtención de una sentencia que declarara la disolución de un matrimonio, siendo la resolución judicial el único medio para conseguir la modificación del estado civil de las personas, por tratarse de una materia sustraída a la autonomía de la voluntad. Es la resolución judicial la que declaraba la ruptura de un matrimonio eficazmente constituido con efectos *ex nunc*. En el caso del divorcio consensual o de mutuo acuerdo se exigía, entre otros, la propuesta de convenio regulador acompañando a la demanda. En esta modalidad existían, por tanto, dos fases claramente diferenciadas. Una primera extrajudicial, donde los cónyuges alcanzan un acuerdo que redactan en la propuesta de convenio regulador y una segunda procesal, rápida y sencilla, al no haber contradicción entre las partes.

---

40 García Aburuza, M. P., *La Protección a la Familia desde los Procesos Matrimoniales*, Navarra, 2009, págs. 17 y ss.

41 Gutiérrez Fernández, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, 3ª ed., tomo I, Madrid, 1871, págs. 346 y ss.



La sentencia de naturaleza constitutiva, debía contener un doble pronunciamiento: sobre la petición principal de conceder o no el divorcio y sobre los efectos de esta declaración recogidos en el convenio regulador, el cual goza de una imperatividad que supera el acuerdo *inter partes*, al ser homologado por el juez e incluirse en su sentencia.

Se cuestionó en qué medida la intervención judicial podría interpretarse como un límite al ejercicio de la autonomía privada en una materia en la que dos sujetos, en su plena libertad, deciden formar una familia y después pretenden disponer los efectos de la disolución matrimonial. Sin embargo, el sentir común ha interpretado que, formada la familia, “ha de seguir un camino tan rigurosamente trazado que quita totalmente a su iniciativa la libre disponibilidad del modo de ejercitar su poder”<sup>42</sup>. Como dice Lacruz<sup>43</sup>, el derecho no otorga a los miembros de la familia una situación de la que puedan disfrutar según su gusto o capricho, sino que les encomienda una gestión de obligado desempeño, no en beneficio propio sino del consorcio, en clara defensa de la supremacía del interés familiar sobre el interés de cada uno de los miembros que la componen. La intervención del juez no impide el ejercicio de la autonomía privada, sino que tiene una función positiva, la de proteger el interés familiar, en tanto título legitimador de la conducta de los cónyuges y de la decisión judicial que habrá de interpretar, conforme a ese interés superior, los pactos y las cláusulas adoptados por los interesados, o excluir aquéllos que sean arbitrarios o desiguales, una vez decretado el divorcio. De modo que, junto con las limitaciones propias del contrato previstas en el artículo 1.255 C.c., rige en materia de familia el interés superior de los hijos como expresión de ese interés familiar, actuando como verdadero límite de la autonomía de la voluntad<sup>44</sup>.

Llegados a este punto, si bien la declaración de divorcio de mutuo acuerdo solo era posible en virtud de sentencia judicial, que modificaba el estado civil y aprobaba la propuesta de convenio regulador consensuado por las partes, otorgándole plena eficacia jurídica al ser parte integrante de la resolución judicial, sin embargo, fue admitida, por un sector doctrinal y por la jurisprudencia, la validez y eficacia de los convenios privados que regulaban la separación de hecho, en tanto negocios jurídicos de derecho de familia<sup>45</sup>. Partiendo de esta

42 Pérez Vallejo, A. M., *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Granada, 2000, págs. 94 y ss.

43 Lacruz Berdejo J. L., *Manual de Derecho Civil*, 2ª ed, Barcelona, 1984, pág. 218.

44 Pérez Vallejo, *El juego de la autonomía de la voluntad*, op. cit., págs. 231 y ss.

45 STS. Sec. 1ª, de 27 de enero de 1998 (ponente D. José Almagro Nosete): “TERCERO.- Plantea seguidamente la recurrente, como tercer motivo casacional, la cuestión jurídica relativa al valor del convenio privado regulador de la separación no aprobado judicialmente o pendiente de aprobación judicial. Según se ha expuesto anteriormente, no es el convenio sino la separación de hecho la que determina por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos, después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del

cese de aquella convivencia. Obviamente la separación no afecta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto existente, durante toda la convivencia (...) Tales bienes no dejan de ser gananciales como consecuencia de la separación fáctica. Mas, concretamente, y con referencia exacta al convenio regulador no presentado ni aprobado judicialmente en el proceso de separación conyugal, la sentencia de esta Sala de 22 de abril de 1997, establece que “no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”. En suma (...) no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si este se desenvuelve dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad (...)” STS. Sec. 1ª, de 26 de enero de 1993 (ponente D. Antonio Gullón Ballesteros): “TERCERO: (...) no tiene fundamento legal alguno la exclusión de la rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales, dada la genérica y omnicompresiva remisión que efectúa el artículo 1410 del Código civil, careciendo de base para negarla esa naturaleza de contrato oneroso que gratuitamente se atribuye a tal liquidación practicada por los titulares (...) Tampoco puede constituir un obstáculo el que el convenio regulador de la separación haya sido aprobado judicialmente en la sentencia, de manera que su impugnación -en la parte que atañe a la liquidación de la sociedad de gananciales- tenga que discurrir por la vía de los recursos contra la misma. No es argumento el que el apartado E) del artículo 90 del Código civil diga que podrá hacerse efectivo por la vía de apremio (esto es, de la ejecución de sentencias), porque lo mismo ocurre, por ejemplo, en las transacciones judiciales (sentencias de 22 de abril de 1911, 21 de abril de 1942 y 10 de julio de 1969; artículo 1.816 del Código civil) y, sin embargo, el artículo 1.817 del Código civil no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (sentencia de 10 de abril de 1985), o en la aprobación por auto de las operaciones particionales en el juicio de testamentaria habiendo conformidad o no existiendo oposición de las partes (sentencia de 7 de febrero de 1969, arts. 1.083 y 1.085 LEC). La aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos (apartado E del artículo 90 del Código civil), pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges. Estas realidades se potencian todavía más, a los fines argumentales en pro del criterio que se mantiene, en el caso de autos, donde la sentencia aprobatoria del convenio que se impugna dice en su considerando segundo que se hace porque “no contiene cláusula la contraria al orden público” (folio 20). Esto es lo que ha examinado el juzgador exclusivamente”. Sentencias recientes reconocen la eficacia de la autonomía de la voluntad de los cónyuges a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal: STS. Sec. 1ª, de 19 de octubre de 2015 (ponente D. Eduardo Baena Ruiz): “CUARTO: (...) La sentencia de 22 de abril de 1997, traída a colación por la de 31 de marzo de 2011, Rc. 807/2007, pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 CC ...”. Por tanto, como repiten sentencias posteriores, los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 de octubre de 2007). En fecha reciente de 24 de junio de 2015, Rc. 2.392/2013, recogía la Sala referida doctrina, añadiendo que “en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema

concepción, se trataba de restar a los convenios extrajudiciales la fragilidad que les es propia, derivada de su carácter revocable y revisable por el juez, mediante formalidades ajenas al proceso judicial. En este sentido, se inclinaban por un concreto operador jurídico: el notario. Se trataba de equiparar el control de la legalidad del clausulado y su sujeción al interés familiar superior que realizaba el juez en el acto de homologación, con el control notarial dirigido hacia el mismo fin. Se habló de una “escritura de separación convencional”<sup>46</sup>. En ella el notario, como el juez, debía controlar tanto el contenido mínimo del convenio previsto en el artículo 90 C.c.<sup>47</sup>, como la libertad de consentimiento, en los términos que también exige el artículo 167 del Reglamento Notarial, sirviendo de límite a la autonomía de la voluntad, el interés superior de los hijos. En este caso, el notario, al igual que el juez, debía rechazar el documento si todo o parte es contrario a la legalidad (artículo 145 Reglamento Notarial) o perjudicial para los hijos.

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, no incluyó esta opción. El proceso matrimonial está previsto dentro del Libro IV como proceso especial. El legislador introdujo, vía artículo 748 LEC, junto al principio dispositivo inspirador del proceso civil, el principio inquisitivo, al estimar que concurren normas de *ius cogens* por afectar a derechos en que las partes no son sus únicos titulares, sino también al interés público<sup>48</sup>.

Consecuencia de la protección de este interés público y de la legalidad son, en primer lugar, que se favorezca la participación del Ministerio Fiscal<sup>49</sup>, pero no en todo supuesto, sino que será mayor según el tipo de procedimiento: en caso de separación o divorcio matrimonial, la participación del Ministerio Público se limita a los supuestos en que existan hijos menores o incapaces<sup>50</sup> o

---

menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1.323 C. Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en el artículo 25 del ley 10/2007, de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana”.

46 Rueda Pérez, M. A., “Efectos patrimoniales de la separación matrimonial de hecho”, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIV, abril-junio, 1984, págs. 258 y ss.; Pérez Vallejo, *El juego de la autonomía de la voluntad*, op. cit., pág. 235.

47 Vid. Pinto Andrade, C., *El convenio regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2012, págs. 55 y ss.

48 La doctrina ha entendido que las relaciones jurídicas objeto de estos procedimientos trascienden el interés individual, de modo que es necesaria la defensa de la legalidad y del interés público: Prieto Castro, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 1982, págs. 875 a 879.

49 Artículo 749.1 LEC y artículo 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: “El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

50 Artículo 749.2, 771, 775 todos de la LEC.

cuando alguno de los interesados sea menor, incapaz o en situación de ausencia legal.

En segundo lugar, por la indisponibilidad de este tipo de procesos<sup>51</sup>, de modo que no surtirá efecto la renuncia a la acción, el allanamiento a las pretensiones de la demanda, ni la transacción, prohibida también por el artículo 1.814 del Código civil. El juzgador tiene la posibilidad de no aquietarse sin más a los hechos en que existe conformidad de las partes<sup>52</sup>, de no admitir la renuncia, el allanamiento o la transacción, en tanto estos institutos afectan no solo a la disponibilidad de las medidas sino al contenido mismo de la tutela: para el legislador el sujeto no tiene la facultad de modificarlas o extinguirlas, sino solo un derecho potestativo al cambio, el derecho a pedir eso al juez. De la disposición se excluye el desistimiento, porque afecta al ejercicio de la acción y no al contenido<sup>53</sup>. No obstante, como quedó dicho, la jurisprudencia ha matizado tal prohibición y admitió, como auténtico contractualismo en el ámbito del Derecho de Familia, los pactos entre los cónyuges siempre que no sean dañosos para los hijos o para alguno de los cónyuges, conforme la regulación del artículo 90 C.C.<sup>54</sup> Otro ejemplo de transacción es el previsto en el artículo 770.5 LEC que permite la continuación del procedimiento de separación o de divorcio contencioso por los trámites del de mutuo acuerdo regulados en el artículo 777 LEC.

En tercer lugar, se reconoce al juzgador amplio poder para acordar de oficio la práctica de las pruebas que estime pertinentes, que habrá de valorar conforme las reglas de la sana crítica, en consonancia con los hechos alegados y probados<sup>55</sup>.

Si bien quedaban fuera del principio dispositivo la modificación o extinción del vínculo matrimonial, en la determinación de los efectos que tal declaración conllevaba, entraba en juego el principio dispositivo (artículo 777 LEC). Hasta ahora la sentencia que decreta la separación o el divorcio tiene carácter constitutivo, porque en estos procesos se ejercita por el interesado el derecho al cambio de situación, a fin de introducir las modificaciones o la extinción del vínculo matrimonial, de modo que, de ser desestimatoria no se altera el estado civil, no introduce cambios en la situación anterior.

Nuevos posicionamientos sociales y políticos han influido directamente en la materia y se han reflejado en la reforma del Código civil, operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio que, además de contemplar el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, introduce importantes modificaciones en materia de separación o divorcio, cuyo único requisito es el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio. Al igual que el Derecho Romano Clásico, el Código civil eliminó el concepto de divorcio-sanción, al abandonarse las causas de separación y divorcio, en el entendimiento de que,

---

51 Artículo 751 LEC.

52 Artículo 752.2 LEC.

53 Artículo 751.2 LEC.

54 Vid. n. 44.

55 Artículo 752.1 LEC.

quienes libre y voluntariamente decidieron casarse, también pueden dejar de estar vinculados por el lazo matrimonial, sin necesidad de explicitar sus desavenencias<sup>56</sup>. Si del consenso matrimonial nace el vínculo *-solus consensus obligat-*, a *sensu contrario* aparece el disenso, mutuo o unilateral, como causa suficiente por la efectiva desaparición de la  *affectio maritalis*, que indicaban los juristas clásicos romanos<sup>57</sup>.

No siendo necesaria la constatación de la causa de divorcio y en los supuestos que no hubiera confrontación entre los esposos sobre sus efectos, ya por entonces hubo autores<sup>58</sup> que entendieron que la actividad jurisdiccional *stricto sensu* perdía sentido: el juez carece de la función de juzgar que le es propia, de resolver la contienda aplicando la norma jurídica; se limita a funciones de control de la legalidad de los acuerdos, velando que no sean perjudiciales a los hijos del matrimonio, ni causen grave daño a alguno de los cónyuges (artículo 90.2 C.c.) En este caso, bien puede denegar el divorcio, bien puede concederlo sin aprobar el convenio regulador, indicando a las partes los puntos en discordia, que libremente pueden o no acatar. Si solo en el divorcio contencioso el juez adopta su decisión, propusieron que, de ser de mutuo acuerdo, bastaría con una declaración de funcionarios cualificados, o de la autoridad notarial para declarar el divorcio.

### 3.b. Regulación vigente.

Han transcurrido diez años para que el legislador diera el paso de desjudicializar el divorcio, de la mano precisamente de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Se sustituye la intervención judicial no contenciosa por mecanismos bien procesales, por medio del Letrado de la Administración de Justicia, bien privados, bajo control notarial. La actuación de ambos operadores jurídicos tendrá doble sentido, como fedatarios y como

56 Significativo el artículo 245-1 del Código Civil francés que permite a los cónyuges solicitar al juez que se limite a hacer constar en los fundamentos de la sentencia de divorcio por culpa, la existencia de hechos constitutivos de “una causa de divorcio”, sin tener que mencionar las culpas y los agravios de las partes.

57 Vid. Cazorla González, M. J., “La quiebra de la  *affectio maritalis* como causa de separación matrimonial. Su inclusión en el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”, en *Tendencias actuales en el Derecho de Familia*, Almería, 2004, págs. 28 y ss.; Lasarte Álvarez, C., “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, Pamplona, 2005; Martínez Rodríguez, N., “El divorcio”, en *Nuevos Conflictos del Derecho de Familia*, coord. E. Llamas Pombo, Madrid, 2009, págs. 143 a 176; Torrelles Torrea, E., “La Ley 15/2005, el régimen del non-fault divorce y los principios de derecho europeo de familia”, en *Nuevos Conflictos del Derecho de Familia*, coord. E. Llamas Pombo, Madrid, 2009, págs. 177 a 199; Díaz Martínez, A., “Comentario al artículo 86”, en *Comentarios al Código Civil*, t. I, dir. Rodrigo Bercovitz, Valencia, 2013, pág. 879.

58 Zarraluqui, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, t. IV, Matrimonio, Barcelona, 2007, pág. 555 (op. Cit. por Martínez Rodríguez, “El divorcio”, op. cit., pág. 173); Cerdeira Bravo de Mansilla, G., *Matrimonio y Constitución (presente y posible futuro)*, Madrid, 2013, págs. 309 y ss.

profesionales del Derecho, examinando, en este caso, que los acuerdos, producto de la libertad convencional, no vulneran las limitaciones establecidas por nuestro ordenamiento jurídico<sup>59</sup>. Sin embargo, el hecho de que permanezca

---

59 A través de las Disposiciones Finales Primera, Tercera, Cuarta y Undécima de la LJV se modifican los artículos 82 y 87 del CC, el apartado 4 y se añade un apartado 10 al artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también se modifica el artículo 61 de Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y el artículo 54 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado. Artículo 87. “Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial 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.” Artículo 82. “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 Secretario judicial 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 Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial 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.” Artículo 89. “Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.” A su vez la disposición final 11.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, introduce el artículo 54 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862: “1. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes. 2. Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio. 3. La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley”.

bajo el control judicial la declaración de separación o divorcio cuando existan hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, que dependan de sus progenitores es continuación del reconocimiento por el legislador, de que se trata de una materia de derecho público, amparada procesalmente por el principio inquisitivo, permitiendo la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés superior de menores y personas con incapacidad.

Como indica el Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, constituye parte del “proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado iniciado hace ahora más de una década”, justificando que (VI) “La distribución de los asuntos entre estos profesionales se ha realizado siguiendo criterios de racionalidad, buscando desde el primer momento el máximo consenso con los colectivos implicados, con voluntad de permanencia en el tiempo, adaptándose a la actual realidad social, plenamente garantista en la realización de los derechos e intereses de los afectados, a fin de dar respuesta, también en esta parcela del ordenamiento, al desafío de una Justicia más moderna y eficaz (...) La facultad que con ello tienen los ciudadanos de acudir a diferentes profesionales en materias que tradicionalmente quedaban reservadas al ámbito judicial, sólo puede interpretarse como una ampliación de los medios que esta Ley pone a su disposición para garantizar sus derechos. Constituye una garantía para el ciudadano, que ve optimizada la atención que se le presta, al poder valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir aquella más acorde con sus intereses. Ningún aspecto de los ciudadanos se verá perjudicado dado que puede acudir o al Secretario judicial, haciendo uso de los medios que la Administración de Justicia pone a su disposición, o al Notario o Registrador, en cuyo caso deberá abonar los aranceles correspondientes.”

#### **4. DERECHO COMPARADO.**

Tratándose de una importante novedad en la legislación española, sin embargo, la idea no es original. El divorcio notarial ya había sido implantado en 1994 en Cuba, expandiéndose a otros países latinoamericanos, como Colombia, Ecuador, Brasil o Perú y más recientemente en Nicaragua y Bolivia, si bien con la particularidad de que en estados como Brasil, Ecuador y Perú la intervención del notario solo es posible en el divorcio sin hijos menores, mientras en Cuba y Colombia lo admiten en todo caso. Además el divorcio notarial no es la única opción de un divorcio consensuado sin juez, pues ya existía el llamado divorcio administrativo ante funcionario público, o ante el encargado del Registro Civil. Su origen radica en el Código Soviético de 1926 y está hoy vigente en México, Portugal, coexistiendo con el divorcio judicial en Japón o en Italia.

El divorcio permanece dentro del ámbito judicial en códigos civiles europeos tan influyentes como el alemán o el francés. El BGB prevé el divorcio en virtud de sentencia, previa demanda de uno o de los dos esposos (§1.564 BGB)

y en virtud del principio denominado de «constancia del fracaso» (§1.565 BGB)<sup>60</sup>, que existe cuando no hay comunidad de vida entre los cónyuges y no se pueda esperar que la restauren. Se presume el fracaso matrimonial cuando existe separación de un año y la demanda es conjunta de los dos esposos o de uno con el consentimiento del demandado, o separación de tres años (§ 1.566 BGB). En Francia, el legislador de 2004, al reformar el divorcio por Ley de 26 de mayo, finalmente no instauró el divorcio sin proceso judicial, sino que acogió cuatro tipos de disolución: el anterior divorcio por cese de la convivencia se transformó en divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal (arts. 237 y 238). Del antiguo divorcio por mutuo acuerdo se ha pasado a dos tipos de divorcio: el divorcio por mutuo acuerdo propiamente dicho, donde los cónyuges están de acuerdo en la declaración de divorcio y en sus efectos (arts. 230 a 232) y el divorcio consentido (arts. 233 y 234) a petición de uno o de los dos esposos, cuando están de acuerdo en divorciarse, pero no en las consecuencias. Finalmente se ha mantenido el divorcio por culpa (arts. 239 a 246), favoreciendo la mediación familiar en los divorcios contenciosos.

#### 4.a. *Divorcio administrativo.*

Ya hemos indicado que la legislación pionera en países de nuestro entorno fue la portuguesa. En Portugal, el divorcio no causal, fundado en la desaparición de la *affectio maritalis*, está en vigor desde el Decreto-Ley nº 261/1975, de 21 de mayo, pero fue la Ley 61/2008, de 31 de octubre, *Altera o regime jurídico do divórcio*, la encargada de consolidar el divorcio de mutuo acuerdo ante el encargado del Registro civil (Conservatória do Registo Civil)<sup>61</sup>, exigiendo el acuerdo de los esposos sobre las consecuencias de la ruptura, incluso sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales cuando existan hijos menores<sup>62</sup>. El

---

60 §1.564: “El divorcio de un matrimonio sólo es posible mediante sentencia judicial a instancia de uno o de ambos cónyuges. El matrimonio se disuelve con la firmeza jurídica de la sentencia (...)”. §1.565: “Puede obtenerse el divorcio en caso de fracaso del matrimonio. El matrimonio se considera fracaso cuando cesa la comunidad de vida de los cónyuges y no puede esperarse que los cónyuges la restablezcan”, en *Código Civil Alemán*, trad. por Lamarca, A., Madrid-Barcelona, 2013.

61 Vid. Cerdeira Bravo de Mansilla, G., “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional”, op. cit., págs. 49 y 50.

62 Artículo 1.775 C.C.p: Requerimiento e instrucción del proceso en la Conservaduría del Registro Civil. 1. El divorcio por mutuo consentimiento puede ser instaurado en cualquier momento en la Conservaduría del Registro Civil, mediante requerimiento firmado por los cónyuges o sus procuradores acompañado de los siguientes documentos: a) relación precisa de los bienes comunes, con indicación de sus respectivos valores o, en el caso de que los cónyuges opten por la partición de los bienes en los términos de los artículos 272º A a 272º C del Decreto-Ley nº 324/2007, de 28 de septiembre, acuerdo sobre la partición o solicitud de elaboración de la misma; b) certificación de la sentencia judicial de regulación del ejercicio de las responsabilidades parentales o acuerdo sobre su ejercicio cuando existan hijos menores y haya habido previamente una regulación judicial; c) acuerdo sobre la prestación de alimentos al cónyuge que carezca de ellos; d) acuerdo sobre el destino de la vivienda familiar; e) certificación de la escritura de convenio prematrimonial, caso de que lo hayan celebrado.



artículo 1.776 prevé que el conservador convoque a los cónyuges a una comparecencia para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y acuerdos sobre los efectos del divorcio e invita a las partes a modificarlos si, a su juicio, vulneran los intereses de alguna de los cónyuges o de los hijos, sin distinguir su edad, pudiendo servirse de los medios de prueba necesarios a tal fin; de estimarlos conformes decretará el divorcio, el cual se inscribe, teniendo sus decisiones los mismos efectos que las sentencias judiciales sobre la misma materia (artículo 1.776.2 C.c.) En caso contrario, remitirá el asunto a los tribunales para su examen, si estima que lesionan los citados intereses (artículo 1.778). Cuando existen hijos menores, el Conservador del Registro Civil envía los acuerdos al ministerio fiscal del Tribunal de Primera Instancia competente por razón de la materia en el ámbito de la circunscripción a que pertenezca la Conservaduría, para que informe sobre los acuerdos en el término de treinta días. En caso de que no los estime beneficiosos para los intereses de los menores, las partes pueden modificarlos. En caso contrario, la homologación se desestima y el divorcio se remite de oficio al Tribunal al que pertenezca la *Conservaduría* (artículo 1.778 C.c.) La declaración de disolución matrimonial es constitutiva porque produce el divorcio, un símil de jurisdicción voluntaria, que acomoda las decisiones de los cónyuges al ordenamiento jurídico.

La posibilidad de que sea el encargado del Registro civil quien levante “acta de divorcio administrativo”, previa ratificación de la petición y disuelta la sociedad de gananciales, tampoco fue novedad del Derecho civil portugués, pues se reconoció en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal de México 1932. Se trata de un acto de naturaleza administrativa y limitado al matrimonio donde ambos cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes o bien liquiden la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron<sup>63</sup>. En caso contrario, la

63 Artículo 272 C.c. D.F.M.: Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el código de la materia. Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el código de procedimientos civiles (artículo reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 marzo 1973). Curioso resulta que se exige acompañando a la solicitud: 3. Declaración por escrito, bajo protesta de decir verdad, de no haber procreado hijos durante el matrimonio, o teniéndolos, sean mayores de edad y no sean acreedores alimentarios, comprobando de manera fehaciente dicha circunstancia. 4. Manifestación expresa y bajo protesta de decir verdad, que la divorciante no está embarazada, o constancia médica

solicitud de divorcio de mutuo acuerdo requerirá la intervención del Juez de lo Familiar y aportación del oportuno convenio regulador.

A su vez, el legislador mexicano del 32 lo había tomado del Código de Familia soviético de 1926<sup>64</sup>, que desjudicializó el divorcio de mutuo acuerdo y lo atribuyó al encargado del Registro de Actos de Ciudadanía, donde se inscribía el matrimonio y el divorcio (artículos 19 y 20). Presentado el acuerdo de los esposos, levantaba acta y dejaba constancia del divorcio en el Registro (artículos 21 y 22). Se permitió también el divorcio a instancia de un cónyuge, que sería notificada al otro mediante el envío por carta del acta de inscripción<sup>65</sup>, del mismo tenor que el repudio del Derecho Romano Clásico. Tras la reforma introducida en 1944, donde el divorcio judicial fue restaurado, el tercer Código de Familia de 1964 rehabilitó el procedimiento administrativo junto al judicial. El procedimiento administrativo, ante un funcionario público del Departamento de Registro de Actos Civiles, es aplicable cuando los esposos no tienen hijos menores de edad y ambos solicitan el divorcio (artículo 19§1 del Código de Familia de Rusia). El trámite se inicia por una petición conjunta de los cónyuges (artículo 31 y 33§ 2 de la Ley de Registro de Actos Civiles) que han de comparecer ante el Departamento de Registro de Actos Civiles. Si uno de ellos no puede acudir, se le permite presentar la solicitud escrita de divorcio por separado, que requiere autenticación por un notario. El Departamento de Registro de Actos Civiles simplemente emite un certificado de divorcio, transcurrido el plazo de un mes desde la solicitud (artículo 20.3 Código de Familia ruso). El *divorcio administrativo* no puede ser concedido antes del mes, después de presentar la petición (artículo 18§ 3 de Código de Familia ruso), a modo de período de reflexión.

El Derecho Civil japonés<sup>66</sup> admite cuatro tipos de divorcio. De una parte, los artículos 763 a 771 del Código Civil japonés regulan el divorcio de mutuo acuerdo (*Kyogi Rikon* -artículo 763 C.c.jap.- más del 90% de los divorcios japoneses adoptan este procedimiento rápido, sencillo y completamente no judicial),

---

que acredite que ha sido sometida a intervención quirúrgica que la imposibilite definitivamente para procrear hijos. 5. Comprobante del domicilio declarado por los divorciantes; menor de seis meses. 7. En su caso, documento público mediante el cual se acredite la personalidad del o los mandatarios. 8. Identificación oficial vigente de los interesados. 9. Recibo de pago de derechos correspondiente. Las partes pueden intervenir por medio de mandatario: [http://www.tramitesyservicios.df.gob.mx/wb/TyS/divorcio\\_administrativo\\_tdp](http://www.tramitesyservicios.df.gob.mx/wb/TyS/divorcio_administrativo_tdp) (consultado en febrero de 2017).

64 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2792/34.pdf> (consultado en febrero de 2017). Cf. Cerdeira Bravo de Mansilla, G., “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional”, en *Separaciones y divorcios ante notario*, dir. por *idem*, Madrid, 2016, págs. 48 a 50.

65 El artículo 140 del Código de 1926, precisaba: “En el caso de que la petición de divorcio sea sometida por solo uno de los esposos, una copia de la decisión del oficial del registro civil, debe ser enviada al otro esposo, en la dirección indicada en la petición”.

66 Torrelles Torrea, “La Ley 15/2005, el régimen del non-fault divorce”, op. cit., pág. 203, y en <http://www.nic-nagoya.or.jp/en/e/archives/5018> y <http://www.tokyo-icc.jp/index.html> (consultados en febrero de 2017).

y el judicial (artículo 770 C.c.jap.). De otra, la Ley 152/1947, de 6 de diciembre, sobre resolución de conflictos familiares, incluyó dos nuevas modalidades de divorcio (artículos 17 y 24): por acto de conciliación, en presencia de un juez de familia y con un mediador (*Rikon Chotei*), y mediante sentencia del Juez de Familia imponiendo el convenio regulador<sup>67</sup>. El divorcio consensual de carácter administrativo se basa en el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges, que regulan sus propios conflictos familiares. Se requiere el consentimiento de los esposos y la presencia de dos testigos ante el oficial del Registro Familiar, cuya oficina está en el Ayuntamiento de la localidad donde hayan contraído matrimonio. En el derecho japonés, el matrimonio es un contrato entre los cónyuges que se formaliza en el Ayuntamiento mediante la presentación de una declaración escrita y firmada por los contrayentes (artículo 739 C.c. jap.) De igual modo, basta una nueva declaración ante la misma autoridad administrativa dirigida a obtener el divorcio, sin necesidad de posterior aprobación judicial, incluso con hijos menores (por remisión del artículo 764 C.c.jap.)

El divorcio ante funcionario público está previsto en la legislación civil noruega desde 1991. Según la Ley 47, de 4 de julio de 1991, sobre el Matrimonio, sección 19 y siguientes, los trámites de separación y divorcio son procesados por la Oficina del *Fylkesmann* (Gobernador del Condado)<sup>68</sup> del último domicilio del matrimonio que desea separarse o divorciarse y, si ninguno de los cónyuges vive allí, podrá instarse ante el Gobernador de cualquiera de los domicilios al tiempo de la petición. De existir hijos menores de 16 años, la petición irá acompañada de un certificado de mediación acordado dentro de los seis meses anteriores a la solicitud (sec. 26). Una vez tramitado el decreto de separación, éste será enviado por el Gobernador del Condado al interesado. Transcurrido un año desde la fecha del decreto de separación, ya se puede solicitar el divorcio (sec. 21)<sup>69</sup>. Si sólo uno de los cónyuges quiere divorciarse, esa persona tendrá derecho a obtener la disolución, pese a la objeción de la otra persona. Si ambos están de acuerdo en que han estado viviendo por separado durante al menos dos años, su petición de divorcio será procesada por el Gobernador del Condado. Si no está de acuerdo en cuanto a si los criterios pertinentes se cumplen, el divorcio tendrá que ser tratado en los tribunales (sec. 27). Si el divorcio ha tenido lugar fuera de Noruega, y existe la intención de volver a casarse en el país, el divorcio extranjero debe ser aprobado por el Gobernador del Condado, certificado que no es necesario para los ciudadanos de los países

67 *Código Civil Japonés*, Estudio preliminar, traducción y notas por R. Domingo y N. Hayashi, Madrid-Barcelona, 2000, págs. 42 y 43.

68 <https://www.fylkesmannen.no/en/People-and-society/Separation-and-divorce/> (consultado en febrero de 2017).

69 También cuando han transcurrido al menos dos años sin cohabitación (sec. 22) o dentro del plazo de seis meses y hasta pasados dos años desde que “the other spouse has intentionally attempted to kill him or her or their children or wilfully exposed them to severe maltreatment. The same applies if the spouse has behaved in a manner that is likely to arouse grave fear of such conduct” (sec. 23).

nórdicos, residentes en un país nórdico en la fecha de la petición de separación o divorcio. En este supuesto, se enviará la separación o divorcio directamente a la Administración para que pueda registrar el nuevo estado civil<sup>70</sup>. El Gobernador del Condado es también responsable de la tramitación de solicitudes para la aprobación de las nulidades matrimoniales.

En Dinamarca, la separación y el divorcio se pueden conseguir por dos vías: bien por sentencia judicial, bien por decreto administrativo o *bevilling*, según regula el artículo 42.1 de la Ley sobre los Efectos Jurídicos del Matrimonio nº 148, de 8 de marzo de 1991, teniendo la separación o el divorcio obtenido por decreto administrativo, los mismos efectos jurídicos que cuando media sentencia (sec. 42). No obstante, el decreto administrativo sólo procede si los cónyuges, de común acuerdo, desean que se decrete la separación o divorcio por vía administrativa y están conformes respecto a los efectos a que se refieren los artículos 46, 49 y 54 a 56 de la citada Ley, relativos a la patria potestad, la custodia de los hijos menores, la obligación de alimentos entre cónyuges, la extinción o no del derecho de pensión de viudedad, el derecho de continuar el arriendo de la vivienda común y la obligación, en su caso, del cónyuge con bienes privativos de pagar al otro cierta cantidad con cargo a los mismos. Los decretos administrativos son extendidos por el Ministerio de Justicia o por el Departamento (*statsamt*) correspondiente, mediante delegación del Ministro de Justicia; el *statsamt* es el órgano administrativo superior de cada una de las catorce regiones en que se divide Dinamarca a efectos administrativos, con competencia en algunos asuntos de derecho de familia y personas<sup>71</sup>.

Recientemente en Italia, el artículo 12 de la *Legge* n. 162, de 10 de noviembre de 2014, de conversión en Ley del Decreto-ley n. 132, de 12 de septiembre de 2014, ha instaurado una modalidad de separación o divorcio de mutuo acuerdo ante el *Ufficiale dello Stato Civile del Comune* de los esposos, cuando no tengan hijos menores, incapaces o económicamente no autosuficientes y siempre que el acuerdo no contenga transmisiones patrimoniales. La asistencia letrada es facultativa, si bien las partes deben ratificarse personalmente. Se ha mantenido la necesidad de separación previa y el intervalo de un *spatium deliberandi* no inferior a treinta días, en que los esposos comparecerán de nuevo a ratificarse. Recientemente, el régimen del divorcio se ha vuelto a modificar (*Legge* de 6 de mayo 2015, n. 55, denominada *Legge sul Divorzio Breve*) a fin de rebajar el plazo entre la separación y la solicitud de divorcio, que pasa de tres años a seis meses, de haber acuerdo entre los cónyuges, y a un año, cuando no exista el convenio.

---

70 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1340641.pdf>. (consultado en febrero de 2017).

71 <https://www.retsinformation.dk/forms/R0710.aspx?id=137685> (consultado en febrero de 2017).

#### 4.b. *Divorcio notarial en América latina.*

Admitido ya el divorcio en Cuba desde principios del siglo XX, fue después de la Revolución socialista, en 1959, cuando se incrementó el número de divorcios, sobre todo en las décadas de los 70 y los 80. El divorcio judicial era lento y costoso. A fin de abaratarlo y descargar a los Tribunales se reguló el Decreto-Ley nº 154/1994, de 6 septiembre, “Del divorcio notarial”, desarrollado por el Reglamento nº 1.821/1994, de 10 noviembre, con el cual el Ministerio de Justicia reformó los artículos 43<sup>72</sup> y siguientes del Código de Familia de 14 de febrero de 1975, reservando al notario en exclusiva el divorcio consensual y ciñendo el contencioso a la intervención judicial, incluso si hay hijos menores comunes; en este caso si el notario, tras un estricto control de la legalidad, considera que el convenio puede ser perjudicial para los hijos, instará la intervención del ministerio fiscal, que emitirá un dictamen vinculante para el notario y para los cónyuges. Éstos deberán modificar el convenio para adaptarlo pues, de lo contrario, solo cabe el divorcio ante el juez. Si los esposos, a resultas de las consideraciones del notario, modificaren las convenciones, el fedatario continuará la tramitación del divorcio. Si persistieren, el notario dará traslado de la solicitud de divorcio al ministerio fiscal, y anotará en el “libro de radicación de asunto”, la fecha de dicho traslado<sup>73</sup>. Así pues, según el Derecho

72 “Artículo 43: El vínculo matrimonial se extingue: 1) por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges; 2) por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges; 3) por la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme; 4) por sentencia firme de divorcio o escritura de divorcio otorgada ante Notario. El apartado 4 de este artículo fue modificado por la Disposición Final Segunda del Decreto-Ley nº 154, “Del Divorcio Notarial”, de 6 de septiembre de 1994 (G.O.O. nº 13, de 19 de septiembre de 1994, pág. 193).

73 “Artículo 43: El vínculo matrimonial se extingue: 1) por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges; 2) por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges; 3) por la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme; 4) por sentencia firme de divorcio o escritura de divorcio otorgada ante Notario. El apartado procederá por escritura notarial cuando exista mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmediatos y no se emita por el Fiscal dictamen en contrario, en su caso. Artículo 2.- Los cónyuges solicitarán conjuntamente, por sí o por representación, la disolución del vínculo matrimonial. En caso de representación letrada, un solo abogado podrá representar a ambos cónyuges. Si los cónyuges no pudieran comparecer conjuntamente ante un mismo notario uno de ellos podrá declarar bajo juramento ante el Notario que elija su conformidad con la disolución del vínculo matrimonial y demás convenciones sobre los efectos inmediatos de dicha disolución. El cónyuge o su representante que presente la solicitud de divorcio ante Notario, entregará a éste copia de la declaración jurada del otro cónyuge. Artículo 4.- El Notario, al analizar las convenciones de los cónyuges y, en especial, las referidas a las relaciones paterno filiales sobre patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos y pensiones, observará que las mismas no atenten contra: a) el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores, b) la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos, c) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores, ch) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores y d) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres. Artículo 5.- El Notario, dará traslado de la solicitud de divorcio al Fiscal cuando a su juicio los acuerdos de los cónyuges atenten contra cualquiera de los aspectos señalados en el artículo anterior o cuando pretendan deferir la patria potestad sobre los hijos comunes menores a favor de uno solo de los padres. Artículo 6.- El Fiscal al recibir una solicitud de divorcio de las referidas en el artículo ante-

cubano, el convenio de divorcio solo regulará sus efectos en relación con los hijos menores comunes del matrimonio y no será posible pronunciamiento alguno en el divorcio, respecto de los hijos mayores de edad, incluso declarados judicialmente incapacitados, o de los habidos antes del matrimonio, entre los mismos miembros de la pareja, cuyo matrimonio disuelve.

Se requiere que la solicitud contenga los datos de identificación de ambos cónyuges, la fecha del matrimonio y referencia al Registro Civil donde fue inscrito, nombres y apellidos de los hijos comunes menores, la fecha de nacimiento y la referencia del Registro donde han quedado inscritos, además de los acuerdos sobre el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes

---

rior, analizará la procedencia o no de los acuerdos en relación con los intereses de los hijos comunes menores y emitirá un dictamen al respecto, que enviará al Notario encargado de tramitar la solicitud de disolución del vínculo matrimonial. Artículo 7.- Si el dictamen del Fiscal fuere favorable a las convenciones propuestas por los cónyuges, el Notario continuará la tramitación del divorcio. Artículo 8.- Si el Fiscal emite dictamen contrario a alguna de las convenciones propuestas por los cónyuges, el Notario lo hará saber a los interesados por sí, en atención a lo señalado por el Fiscal, aceptan modificar sus acuerdos. Si los cónyuges modificaren sus acuerdos en correspondencia a lo señalado por el Fiscal, el Notario continuará la tramitación del divorcio. En caso contrario interrumpirá su sustanciación dejando expedita la vía judicial lo que certificará a los interesados. Artículo 9.- La escritura notarial que declare el divorcio tendrá fuerza ejecutiva directa e inmediata, a todos los efectos legales a partir de su fecha y contendrá los acuerdos de los cónyuges sobre los aspectos siguientes: a) la disolución del vínculo matrimonial, b) la determinación en relación con la conservación de la patria potestad sobre los hijos comunes menores, salvo que existiere fallo judicial en contrario, acreditado por alguno de los cónyuges, c) el discernimiento de la guarda y cuidado de los hijos comunes menores, ch) la determinación de la cuantía de la pensión que corresponda conceder a los hijos comunes menores y al ex cónyuge, en su caso, d) el régimen de comunicación de aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos comunes menores de éstos, e) las convenciones de los cónyuges sobre el destino de la vivienda, si procediere, f) las advertencias legales correspondientes en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en caso de que expresamente declinaren su derecho a realizarla en el propio acto. Artículo 12.- El incumplimiento por cualquiera de los ex cónyuges de alguno de los pronunciamientos contenidos en la escritura de divorcio, se resolverá en proceso de ejecución ante el tribunal municipal popular correspondiente. La resolución judicial que recaiga en el asunto, sólo podrá modificarse por los trámites de incidentes, ante el tribunal competente. La Disposición Final 4ª modifica el primer párrafo del artículo 372 y el artículo 380, ambos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, los que quedarán redactados de la manera siguiente: “Artículo 372. El proceso de divorcio para la disolución de un matrimonio celebrado en Cuba podrá promoverse ante el tribunal competente cualquiera que sea la nacionalidad de los cónyuges. Cuando exista mutuo acuerdo entre éstos sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos jurídicos y no se emita por el Fiscal dictamen en contrario, procederá a tramitar el divorcio por la vía notarial”. “Artículo 380. Cuando el divorcio por mutuo acuerdo no proceda ante Notario quedará expedita la vía para tramitarlo ante el tribunal competente. En este caso el proceso se iniciará mediante escrito firmado por los cónyuges en el que solicitarán la disolución del vínculo matrimonial y harán constar las convenciones a que hayan llegado respecto a las relaciones paterno filiales referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos, pensiones que correspondan y separación de bienes comunes. La presentación de este escrito podrá hacerse indistintamente por cualquiera de los cónyuges, por ambos o por el letrado director y al mismo se acompañará la certificación expedida por el Notario absteniéndose de actuar en el caso.”

menores, la determinación de la guarda y cuidado sobre tales hijos, el régimen de comunicación de los hijos comunes menores con aquel de los padres al que no se le confiera su guarda y cuidado, cónyuge que prestará la pensión que corresponda a cada uno de los hijos mencionados y su cuantía; el cónyuge que, una vez disuelto el matrimonio, prestará la pensión al otro, si procediere, así como su cuantía; las convenciones que hayan determinado los esposos sobre la vivienda, si ésta constituyera un bien común del matrimonio y el destino de los otros bienes que conforman la comunidad matrimonial, si los cónyuges determinaran liquidarla en el propio acto, para lo cual han de aportar relación concreta de cómo quedaría liquidada, a partir de la adjudicación de bienes propuesta para cada ex cónyuge. En la escritura pública se harán constar estos aspectos y es suficiente para que el registrador oficial inscriba el divorcio declarado por el notario. En Cuba no existe divorcio-sanción, ni se requiere la previa separación, al igual que sucede en España, pues se dice que el modelo cubano sirvió de inspiración al legislador español, en la reforma de 2005.

El Decreto-Ley sobre el divorcio notarial y su Reglamento admitieron la posibilidad de introducir modificaciones en los pactos instrumentados en la escritura pública. Los ex cónyuges tienen de nuevo dos alternativas: acudir a la vía notarial, si persiste el consenso que ha primado entre ellos, o iniciar la vía judicial, cuando hay desacuerdo sobre los pactos a adoptar, ante estas nuevas circunstancias<sup>74</sup>. En este caso, el Tribunal que conozca por vía incidental la pretensión de uno de los progenitores de modificar el régimen de pactos, una vez dictada sentencia, deberá remitir certificación al notario a cargo del protocolo en el cual obre la escritura de divorcio, a los fines de que por nota marginal, éste haga constar este extremo.

Otros países iberoamericanos han acogido el régimen divorcista notarial cubano, siendo el primero Colombia, introducido por la Ley 962/2005, de 8 de julio, cuyo artículo 34 se reglamenta por Decreto n° 4.436 de 28 de noviembre de 2005<sup>75</sup>. Si hay hijos menores comunes a los cónyuges es obligatoria la inter-

74 “Artículo 10.- Las modificaciones de las convenciones sobre las relaciones paterno filiales referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación o pensiones, que surjan con posterioridad a la fecha de la escritura de divorcio, se resolverán ante Notario, siempre que no exista contradicción entre los ex cónyuges. Los pronunciamientos dispuestos en las sentencias de divorcio sólo podrán modificarse por el tribunal competente. Art 11.1- El Notario, dará traslado de la solicitud al Fiscal cuando a su juicio la pretensión atente contra cualquiera de los aspectos recogidos en el Artículo 4 de este Decreto-Ley. Si se emitiera por el Fiscal dictamen en contrario, el Notario se abstendrá y el asunto se sustanciará por los trámites de los incidentes en el tribunal municipal popular correspondiente, ante el cual se presentará copia de la escritura de divorcio. 2.- De lo resuelto por el Tribunal Municipal Popular, se remitirá certificación a la Notaría correspondiente donde obre la escritura de divorcio.”

75 “Artículo 1. *El Divorcio ante Notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos.* 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. Artículo 2. *La petición, el acuerdo y sus anexos.* La petición de divorcio del matrimonio civil o la cesación

vención del ministerio fiscal, labor desempeñada por el llamado “defensor de familia”, cuyo dictamen también es vinculante para el notario y para los cónyuges, quienes deben modificar el convenio para adaptarlo, pues, de lo contrario, solo cabe el divorcio judicial. Se requiere para la validez del divorcio notarial el mutuo acuerdo de los esposos, expresando que el objeto es el divorcio o el cese de los efectos del matrimonio religioso, y presentar la petición al notario

---

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 éste, sin perjuicio de la notificación del acuerdo de los cónyuges establecida en el parágrafo del artículo 34 de la Ley 962 de 2005. Artículo 3°. *Intervención del Defensor de Familia.* 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 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. Artículo 4°. *Desistimiento.* Se considerará que los interesados han desistido de la solicitud de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso ante Notario, si transcurren dos meses desde la fecha en que el instrumento fue puesto a su disposición, sin que concurran a su otorgamiento. Artículo 5°. *Protocolización de los anexos y Autorización.* En la escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso se protocolizará la solicitud, el poder, las copias o certificados de los registros civiles y el concepto del Defensor de Familia. Una vez satisfechos los requisitos sustanciales y formales exigidos en la ley y en este decreto, el Notario autorizará la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso. Artículo 6°. *Registro de la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos.* 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.”



con autorización de abogado; la solicitud deberá contener disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de alimentos entre los cónyuges, si es el caso, el estado en que se encuentra la sociedad conyugal e información sobre la existencia o no de hijos menores de edad. De existir, el acuerdo debe comprender además el convenio sobre la pensión de alimentos, la custodia, el régimen de visitas y la periodicidad de las mismas. Como en la legislación cubana, para sustentar la petición deben acompañar los certificados de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores de edad, y el poder conferido para la representación de uno de los cónyuges, con facultad expresa para suscribir la escritura pública de divorcio, de darse el supuesto. Si los cónyuges no comparecen a ratificarlo, transcurridos dos meses desde que fue puesto a disposición, se entenderá que han desistido de la petición. Como en Cuba, tampoco es necesaria la homologación judicial para la anotación respectiva del divorcio en el Registro Civil. En cuanto a los efectos, queda disuelto el matrimonio civil y cesan los efectos del matrimonio religioso.

También admitió el divorcio notarial Ecuador, mediante Ley de 28 de noviembre de 2006, de reforma de la Ley Notarial de 1966, que introdujo en el artículo 18, sobre atribuciones de los notarios, el numeral 22, al otorgarles la facultad de tramitar los divorcios por mutuo consentimiento, siempre y cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. El objetivo de la reforma fue agilizar su trámite y descongestionar los tribunales de justicia<sup>76</sup>. No obstante, no es facultad exclusiva notarial, al permitir que los cónyuges puedan acudir también ante el juez del domicilio de cualquiera de ellos. En el divorcio notarial los cónyuges, bajo juramento, deben expresar su deseo de disolver el vínculo matrimonial de manera definitiva. Para realizar el trámite deben contar con el asesoramiento de un abogado en ejercicio. La petición deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 107 del Có-

---

76 “22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición; 23.- Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal”.

digo Civil, sobre divorcio judicial de mutuo acuerdo<sup>77</sup>. Una vez realizada la solicitud, el notario ordenará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas, y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, que será en un plazo no inferior a sesenta días. Los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse en la audiencia. Pueden comparecer directamente o a través de procuradores especiales. Si no se realiza la comparecencia en la fecha señalada, los esposos podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, que no sobrepasará el término de diez días posteriores a la fecha del primer señalamiento. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición. En otro caso, el fedatario levantará un acta en la que declara disuelto el vínculo matrimonial. Una vez protocolizada, entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva. El Registro Civil sentará la razón correspondiente de la marginación y enviará una copia certificada de lo actuado al notario para que incorpore en el protocolo respectivo. El divorcio por mutuo consentimiento ante notario es una alternativa que ofrece la ley para las parejas que desean dar por terminado su vínculo conyugal en el menor tiempo posible, pues el trámite tarda unas diez semanas en completarse, y es más económico al ser necesaria la contratación de un solo abogado, estando los costes notariales regulados.

Perú autorizó la competencia de notario, equiparando el divorcio notarial al administrativo, cuya tramitación se realiza ante el Alcalde, por Ley 29.227/2008, de 15 de mayo, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías (alcaldes y notarios), reglamentada en el Decreto 009-2008-JUS, de 12 de julio<sup>78</sup>. Requisitos que deben cumplir los cónyuges son (artículo 5 D.S. 009-

---

77 “Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges: Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio; el nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y la voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.”

78 Artículo 2°. Alcance de la Ley. “Pueden acogerse a lo dispuesto en la presente Ley los cónyuges que, después de transcurridos dos (2) años de la celebración del matrimonio, deciden poner fin a dicha unión mediante. Artículo 3°. - Competencia. Son competentes para llevar a cabo el procedimiento especial establecido en la presente Ley, los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio. Artículo 4°. - Requisitos que deben cumplir los cónyuges. Para solicitar la separación convencional al amparo de la presente Ley, los cónyuges deben cumplir con los siguientes requisitos: a) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a Ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad; y b) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial. Artículo 5a.- Requisitos de la solicitud. La solicitud de separación convencional y divor-

2008-JUS): no tener hijos menores de edad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley nº 26.872 y su Reglamento, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad. Para el caso de hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquellos, y el nombramiento de su curador, carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales o contar con escritura pública de sustitución o de liquidación del régimen patrimonial, inscrita en los Registros Públicos. Presentación de solicitud (artículo 6 D.S. 009-2008-JUS): la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad, último domicilio conyugal, domicilio de cada uno de los cónyuges para las notificaciones pertinentes, con la firma y huella digital de cada uno de

---

cio ulterior se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad y el último domicilio conyugal, con la firma y huella digital de cada uno de los cónyuges. El contenido de la solicitud expresa de manera indubitable la decisión de separarse. Artículo 6.- Procedimiento. El alcalde o notario que recibe la solicitud, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5o, luego de lo cual, en un plazo de quince (15) días, convoca a audiencia única. En caso de que la separación convencional y divorcio ulterior se solicite en la vía municipal, se requerirá del visto bueno del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos. En la audiencia los cónyuges manifiestan o no su voluntad de ratificarse en la solicitud de separación convencional. De ratificarse, el alcalde o notario declarará la separación convencional por resolución de alcaldía o por acta notarial, según corresponda. En caso de inasistencia de uno o ambos cónyuges por causas debidamente justificadas, el alcalde o notario convoca a nueva audiencia en un plazo no mayor de quince (15) días. De haber nueva inasistencia de uno o ambos cónyuges, declara concluido el procedimiento. Artículo 7°.- Divorcio ulterior. Transcurridos dos (2) meses de emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial, según sea el caso, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o notario la disolución del vínculo matrimonial. Dicha solicitud debe ser resuelta en un plazo no mayor de quince (15) días. Declarada la disolución, el alcalde o notario dispondrá su inscripción en el registro correspondiente. Disposiciones modificatorias. Primera.- Normas modificatorias del Código Civil y Código Procesal Civil. Se modifica el artículo 354° del Código Civil, en los términos siguientes: “Artículo 354°.- Plazo de conversión. Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.” Modifícase el artículo 580° del Código Procesal Civil, en los términos siguientes: “Artículo 580°.- Divorcio. En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354° del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional. El Juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte; y el alcalde o el notario que conoció del proceso de separación convencional, resolverá el pedido en un plazo no mayor de quince días, bajo responsabilidad.” SEGUNDA.- Adición del numeral 7 al artículo 1° de la Ley nº 26.662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos en los términos siguientes: “Artículo 1°.- Asuntos No Contenciosos. Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: (...) 7. Separación convencional y divorcio ulterior conforme a la Ley de la materia.”

ellos. El contenido de la solicitud deberá expresar indubitablemente la decisión de separarse y acompañarán los documentos previstos legalmente<sup>79</sup>.

En el caso de los procedimientos seguidos en notarías, la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior llevará firma de abogado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de las Ley n° 26.662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos. El notario competente para llevar a cabo este procedimiento es el de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar de celebración del matrimonio. Presentada la solicitud con los requisitos correspondientes, el notario verificará los documentos y convocará a una audiencia única en un plazo de 15 días. En la comparecencia, los cónyuges ratificarán su solicitud de separación. La Ley permite a las partes poder concurrir a dicha audiencia a través de sus representantes, con poder debidamente inscrito ante los Registros Públicos. De ratificarse, el notario declarará la separación convencional por acta notarial. Transcurridos dos meses de declarada la separación convencional, cualquiera de los esposos podrá solicitar al notario la disolución del matrimonio. La solicitud será resuelta dentro de los quince días siguientes. Finalmente, el notario deberá notificar el divorcio en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos; después se da parte al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la nueva situación de “divorciados”, a fin de actualizar su estado civil.

En Brasil<sup>80</sup>, introducido el divorcio por primera vez en 1977<sup>81</sup>, tuvo carácter judicial hasta el 4 de enero de 2007. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley Federal 11.411/2007, de 4 de enero, desarrollada por Resolución n° 35, de 24 de abril de 2007, del Consejo Nacional de Justicia, coexiste con el judicial, el divorcio consensual extrajudicial, vía a la que pueden acogerse

---

79 Copias simples y legibles de los D.N.I. de ambos cónyuges; copia certificada de la partida de matrimonio, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Declaración jurada con firma y huella digital de cada uno de los cónyuges de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad. Copia certificada de la partida de nacimiento, expedida dentro de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, de los hijos menores o hijos mayores con incapacidad, si los hubiera. Copia certificada de la sentencia judicial firme o del acta de conciliación respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores o hijos mayores con incapacidad, si los hubiera. Copias certificadas de las sentencias judiciales firmes que declaran la interdicción del hijo mayor con incapacidad y que nombran a su curador. Testimonio de la escritura pública inscrita en los Registros Públicos de separación de patrimonios o declaración jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los cónyuges, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales. Testimonio de la escritura pública inscrita en los Registros Públicos de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso. Declaración jurada del último domicilio conyugal, de ser el caso, suscrita obligatoriamente por ambos cónyuges. Patrocinio legal de los cónyuges solicitantes (artículo 8 D.S. 009-2008-JUS).

80 Vainsencher, T., *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*, coord. Acedo Penco, A. y Pérez Gallardo, L. B., Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2009, págs. 123 a 133.

81 Al aprobarse la enmienda constitucional n° 09, de 28 de junio de 1977, que modificó el artículo 175 de la entonces vigente Constitución, dio lugar a la promulgación de la Ley n° 6.515, de 26 de diciembre de 1977, que la reglamentó.

voluntariamente los esposos que reúnan los requisitos legalmente dispuestos<sup>82</sup>, conforme la nueva regulación operada en el artículo 1.124-A del Código de Proceso Civil<sup>83</sup>, como son la ausencia de hijos menores o incapaces de la pareja y el acuerdo sobre la descripción y el reparto de los bienes comunes, la pensión alimenticia y la recuperación del nombre de soltero o mantenimiento del de casado. También se exige que los esposos estén separados de hecho durante, al menos, el plazo de dos años. Para verificarlo es necesaria la declaración de, al menos, un testigo, que se hará constar en la escritura pública. Si existe sentencia de separación judicial, basta el transcurso de un año.<sup>84</sup> En la escritura pública se procederá a la descripción y al reparto de los bienes comunes, la pensión alimenticia y el acuerdo por el cual la mujer retoma su apellido de soltera. Todo debe ser acreditado documentalmente por medio de los oportunos certificados registrales (matrimonio e hijos) y el convenio de liquidación de bienes comunes<sup>85</sup>. El notario, que podrá ser libremente escogido por las partes<sup>86</sup>, solamente autorizará la escritura si los contratantes estuviesen asistidos por un abogado común o por los abogados de cada uno de ellos, cuya calificación y firma constarán en el acta notarial. La escritura pública es suficiente para la inscripción en el Registro y surte sus efectos desde el mismo momento en que se otorga.

En Nicaragua el divorcio notarial está en vigor desde el pasado abril de 2015, introducido por Ley n° 870 de Código de Familia, de 24 de junio de

82 Artículo 2° de la *Resolução do Conselho Nacional de Justiça*, n. 35, de 24 de abril de 2007: “É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial.” La reforma se enmarca en el cumplimiento de los principios constitucionales relacionados con el proceso civil, destacando los de celeridad y economía procesal previstos en el inciso LXXVIII del artículo 5° da Constituição Federal de 1988: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, lo que conducirá a una actividad jurisdiccional más rápida y con bajo coste, a fin de alcanzar un orden jurídico más justo.

83 Artículo 1.124-A.: “A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.”

84 Conforme dispone el parágrafo único del artículo 982 del Código de Proceso Civil modificado por la citada Ley Federal n. 11.441/2007.

85 Artículo 33 de la Resolución n. 35/07 del Consejo Nacional de Justicia, establece los documentos que “deven ser apresentados para a separação ou divórcio consensuais: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.”

86 Artículo 1° de la Resolución del Consejo Nacional de Justicia n° 35, de 24 de abril de 2007 : “para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei n° 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.”

2014<sup>87</sup>. El artículo 159 prevé el divorcio de mutuo acuerdo ante la autoridad judicial o ante notario, siempre, en este caso, que no existan hijos comunes menores o personas con discapacidad, ni bienes. Sin embargo, de haber bienes en común y exista entre los cónyuges el acuerdo sobre la forma de uso o distribución de los mismos, el notario puede disolver el vínculo matrimonial, debiendo consignar el pacto en la escritura pública correspondiente. Según el artículo 160, el notario, al recibir la petición de disolución por mutuo consentimiento, advertirá a los cónyuges el efecto de su decisión. El artículo 161 dispone la documentación que los esposos deben aportar con la solicitud de divorcio ante notario, entre los que destaca la “certificación negativa de hijos e hijas y de bienes”. Conforme el artículo 162 el testimonio de la escritura de disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, que libre el notario, se inscribirá en el Registro del Estado Civil de las Personas y en el Registro Público de la Propiedad, cuando corresponda.

---

87 Las causas de disolución matrimonial son, según el artículo 137 del Código de Familia: “a) Por sentencia firme que declare la nulidad del matrimonio. b) Por mutuo consentimiento. c) Por voluntad de uno de los cónyuges. d) Por muerte de uno de los cónyuges”. El Libro Primero, De la Familia, Título IV, De la disolución y nulidad del matrimonio, Capítulo III, Divorcio por mutuo consentimiento, establece las siguientes disposiciones: “Artículo 159. Mutuo consentimiento. Los cónyuges pueden disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento. Para ello presentarán por escrito personalmente o a través de apoderado especialísimo la correspondiente solicitud ante la autoridad judicial competente, acompañando la documentación que compruebe su estado de casados, certificados de nacimiento de los hijos e hijas si los hubiere, vivienda familiar, régimen patrimonial adoptado, inventario de los bienes muebles e inmuebles en común, el acuerdo mutuo de distribución de bienes matrimoniales, el acuerdo sobre el cuidado y crianza de los hijos e hijas, el acuerdo del derecho de uso y habitación del bien inmueble a favor de los hijos e hijas que sean niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad y las respectivas pensiones alimenticias o la correspondiente pensión compensatoria. Asimismo podrán acudir ante notaria o notario público con al menos diez años de haberse incorporado a la profesión del notariado, cuando no tengan en común, hijos o hijas que sean niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad, ni haber bienes en común. Las notarias y notarios públicos, a que se refiere el párrafo anterior, deberán tener registrado ante la Corte Suprema de Justicia, un Libro de Divorcios, de la misma manera como se registra el Libro de Matrimonios. En caso de haber bienes en común y exista entre los cónyuges mutuo acuerdo en la forma de uso o distribución de los mismos, la notaria o notario público puede disolver el vínculo matrimonial, debiendo consignar dicho acuerdo en la escritura pública correspondiente. Artículo 160 Disolución del vínculo matrimonial ante notaria o notario público La notaria o notario público al recibir la petición de disolución por mutuo consentimiento, les advertirá a los cónyuges el efecto de su decisión, debiendo cumplir los requisitos establecidos en el presente Código. Si tuvieren en común hijos e hijas que sean niños, niñas, adolescentes o personas con discapacidad o existiere litis respecto de la distribución de bienes, la notaria o notario público se abstendrá de autorizar la escritura solicitada, instruyendo a los solicitantes del deber de acudir a la vía judicial. Artículo 161 Requisitos ante notaria o notario público Cuando se solicite el divorcio ante notaria o notario público se deberá acompañar: a) Cédula de identidad de ambos otorgantes. b) Certificado del acta de matrimonio. c) Certificación de negativa de hijos e hijas. d) Certificación de negativa de bienes. Artículo 162 Inscripción del testimonio El testimonio de la escritura de disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, que libre el notario o notaria pública, se inscribirá en el Registro del Estado Civil de las Personas y en el Registro Público de la Propiedad, cuando corresponda.”

Otra de las legislaciones más recientes es el llamado Código de las Familias y del Proceso Familiar, aprobado por Ley n° 603, de 19 de noviembre de 2014, que introdujo como novedad en Bolivia la adopción del divorcio administrativo de mutuo acuerdo vía notarial, cumpliendo los requisitos que la ley exige en el artículo 206 del Código de las Familias<sup>88</sup>, esto es, el consentimiento y la aceptación de ambos cónyuges, inexistencia de hijos o, de haberlos, que sean mayores de 25 años, no tengan bienes gananciales sujetos a registro y consta la renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges. No obstante, también se regula el divorcio judicial por la única causal de ruptura del proyecto de vida en común, bien por acuerdo de partes, bien por voluntad de una de ellas (artículo 205 Código de las Familias). La novedad ha supuesto la reforma de la Ley del Notariado, n° 483, de 25 de enero 2014: presentada la solicitud de divorcio ante notario por ambos esposos, de acuerdo a las prescripciones del artículo 95 de la Ley del Notariado y del artículo 99 de su Reglamento, con los documentos exigidos por el artículo 100 del mismo Reglamento, los cónyuges, en el término de tres meses, deberán presentarse nuevamente ante el notario para ratificar su petición, que será protocolizada y, transcribiendo el certificado de matrimonio, se expedirá el testimonio de divorcio notarial para la cancelación de la partida de matrimonio en el Registro Cívico. Si transcurren seis meses sin que ambos cónyuges se presenten a ratificar su propósito de divorciarse, el trámite caduca y será archivado (artículo 96 Ley del Notariado).

#### *4.c. El divorcio notarial en Europa*

La atribución de competencias a los notarios tampoco constituye una experiencia nueva desde la perspectiva europea. Existen países en los que el divorcio amistoso ha sido ya desjudicializado con notable éxito. Entre éstos, algunos han sido pioneros introduciendo cambios que permiten soluciones nuevas que, en algún caso, han influido a su vez en otros países europeos. Es el caso de Estonia y Letonia, que han experimentado antes que España la atribución de competencias al notario en la celebración del matrimonio o en la declaración de divorcio, tendencia seguida por Rumanía y España.

---

88 El artículo 206 del Código de las Familias: “I. Procederá el divorcio del matrimonio o la desvinculación de la unión libre registrada, por mutuo acuerdo siempre que exista consentimiento y aceptación de ambos cónyuges, no existan hijas ni hijos o sean mayores de 25 años, no tengan bienes gananciales sujetos a registro y exista renuncia expresa a cualquier forma de asistencia familiar por parte de ambos cónyuges. Se tramita ante la Notaría de Fe Pública del último domicilio conyugal, con la suscripción de un acuerdo regulador de divorcio. II. En caso de desacuerdo o contención en uno de los efectos del divorcio o desvinculación de incumplimiento del acuerdo, o de encontrarse irregularidades en el acuerdo que merezcan nulidad, deberá resolverse en instancia judicial. III. La o el Notario de Fe Pública, verificará el cumplimiento de los requisitos. IV. Una vez que los cónyuges hayan cumplido con las disposiciones exigidas para el acuerdo regulatorio de divorcio o desvinculación, la o el Notario de Fe Pública emitirá testimonio de la escritura pública, para su inscripción en el Servicio de Registro Cívico y la cancelación respectiva”.

En Estonia, tras la “*Family Law Act*” de 18 de noviembre de 2009, y la “*Vital Statistics Registration Act*” de 20 de mayo de 2009, que entraron en vigor el 1 de julio de 2010, el divorcio puede concederlo una Oficina del Registro Civil y también es posible ante notario del lugar de residencia de cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo que conste en la solicitud conjunta por escrito y siempre que ambos cónyuges residan en Estonia, siendo indiferente que haya o no hijos menores o discapacitados. No obstante, el divorcio es judicial previa demanda interpuesta por uno de los cónyuges contra el otro, cuando no están de acuerdo respecto del divorcio o sus efectos, o si la Oficina del Registro Civil carece de competencia para concederlo<sup>89</sup>. Tanto el divorcio administrativo como el notarial se fundamentan en la solicitud personal y conjunta por escrito, realizada por los cónyuges, a la que acompañan el certificado del matrimonio y la confirmación de carecer de conflictos en relación con los menores, con la división del patrimonio común o con las resoluciones en materia de alimentos. Si un cónyuge no puede comparecer personalmente por razones justificadas ante la Oficina del Registro Civil para poder entregar la solicitud conjunta, puede entregar una solicitud por separado siempre que haya sido certificada por un notario<sup>90</sup>.

En Letonia<sup>91</sup>, el Código civil permite, tras la reforma de 28 de octubre de 2010, que entró en vigor el 1 de febrero de 2011, que el matrimonio pueda

---

89 “§ 63. Grounds for termination of marriage. A marriage terminates if a spouse dies or the marriage is divorced. § 64. Divorce granted by vital statistics office. A vital statistics office may grant divorce upon agreement of the spouses on the basis of a joint written petition. A divorce may be granted by a vital statistics office if both spouses reside in Estonia. § 65. Divorce granted by court (1) A marriage may be divorced by a court judgement on the basis of an action of one spouse against the other spouse. (2) A court grants divorce if the spouses disagree about the divorce or the circumstances relating to the divorce or if a vital statistics office is not competent to grant divorce. § 66. Date of termination of marriage. A marriage terminates: 1) upon the death of a spouse at the time of his or her death; 2) upon grant of divorce by court on the date of entry into force of the court judgement; 3) upon grant of divorce by a vital statistics office on the date of making the divorce entry”, en <https://www.rigiteataja.ee/en/eli/ee/523122015009/consolide/current> (consultado en febrero de 2016).

90 <https://www.siseministeerium.ee/en/vital-statistics-procedures> (consultado en febrero de 2016). Están reguladas las tarifas notariales en la Notary Fees Act, de 20 de marzo de 1996: “33. Fee for contraction of marriage and divorce. (1) A notary fee for certification of contraction of marriage or divorce shall be 63.90 euros. The fee shall also include the receipt of an application for contraction of marriage or divorce, respectively, the counselling provided for in the law and the preparation of an entry. [entry into force 01.01.2011]. (2) If an application for contraction of marriage or divorce has been submitted to a notary and the notary has explained to the applicants the legal consequences pursuant to the procedure provided for in subsection 30 (1) of the Notaries Act and if it is not followed by the contraction of marriage or divorce due to reasons independent of the notary, the notary fee shall be 44.70 euros. [entry into force 01.01.2011] (3) A notary fee for certification of contraction of marriage outside his or her office or territorial jurisdiction shall be an agreed fee. [entry into force 01.07.2010].”

91 [http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumum/The\\_Civil\\_Law.doc](http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumum/The_Civil_Law.doc). (consultado en febrero de 2016).



quedar disuelto por un tribunal o un notario/*notārs* (artículos 69 y siguientes<sup>92</sup>). En este caso, el notario puede disolver el matrimonio si los cónyuges han alcanzado un acuerdo sobre su disolución, no tienen hijos menores en común, ni bienes compartidos o, de haberlos, han firmado un acuerdo sobre la custodia, los derechos de visita y los alimentos de los hijos y el reparto de los bienes comunes (artículos 74<sup>93</sup> y 77.2). Si los cónyuges no consiguen llegar a un acuerdo, estas cuestiones junto con la declaración de divorcio, serán dirimidas por un tribunal. En los casos de disolución notarial no existe una competencia territorial específica: las partes pueden recurrir a cualquier notario del país. La petición de divorcio ante fedatario público incluirá los datos personales de los cónyuges, fecha y número de inscripción del matrimonio en el registro civil, país en que se registró el matrimonio y la autoridad o, en su caso, confesión y autoridad religiosa ante la que fue celebrado; el convenio relativo a los efectos del divorcio tanto en lo que respecta a los hijos como al patrimonio comunes; la solicitud irá acompañada de la documentación acreditativa de estos extremos.

En Rumanía, el artículo 375 del nuevo Código civil rumano, Ley 287/2009 (publicado en el Boletín Oficial de Rumania, parte I, n° 505, del 15 de julio de 2011) admite que el divorcio por acuerdo de los cónyuges puede tramitarse alternativamente por vía administrativa, ante el responsable del Registro Civil, o

92 Artículo 69: “A court or notary may dissolve a marriage. A marriage may be dissolved if the marriage is broken. A court may dissolve a marriage in the cases provided for in this Chapter. A marriage is dissolved as of the day when the court judgment concerning the dissolution of the marriage comes into legal effect. A notary may dissolve a marriage in accordance with the procedures laid down in the Notariate Law if both spouses agree on the dissolution of the marriage. A marriage is dissolved as of the day when a notary has drawn up a marriage dissolution certificate”. Artículo 70. “A court may dissolve a marriage based upon the application of one of spouses. A notary may dissolve a marriage based upon the application of both spouses regarding the marriage dissolution which is drawn up in accordance with the procedures laid down in the Notariate Law.”

93 Artículo 74. “If the spouses have lived separately for less than three years, the marriage may be dissolved only in the case if: 1) a reason for breaking down of a marriage is physical, sexual, psychological or economical violation of the spouse against the other spouse who has requested the dissolution of the marriage, or against his or her child or joint child of the spouses; 2) one spouse consents to the request of the other spouse for the dissolution of the marriage; or 3) one of the spouses has commenced cohabitation with another person and in such cohabitation a child has been born or the birth of a child is expected. If a court believes that given the circumstances referred to in Paragraph one, Clauses 2 and 3 of this Section it is possible to save the marriage, for the purposes of the reconciliation of the spouses the adjudication of the matter may be adjourned for a period of up to six months. If the spouses have lived separately for less than three years, a notary may dissolve the marriage only in the case if both spouses agree on the dissolution of the marriage and have submitted a submission regarding the dissolution of the marriage to the notary in accordance with the procedures laid down in the Notariate Law”. Artículo 77.2: “A notary shall not dissolve a marriage if spouses has not certified that the marriage has broken down and have not agreed on the custody, access rights of the minor child born in the marriage, maintenance for the child and the division of common property”, con remisión a los artículos 71 y 72. Artículo 71. “A marriage shall be deemed to have broken down if the spouses no longer cohabit and there is no longer any prospect that the spouses shall renew cohabitation”. Artículo 72. “A marriage is presumed to have broken down if the spouses have lived apart for at least three years.”

ante notario del lugar donde se celebró el matrimonio o de la última residencia en común de los cónyuges. Si no tienen hijos menores, nacidos dentro o fuera del matrimonio o adoptados, el notario declarará el divorcio. Si los hay, sólo puede declarar 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. El notario recabará un “informe de investigación social” para verificar 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 es beneficioso para éstos, pues, en caso contrario, no podrá disolver el matrimonio y 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 esposos se presentarán personalmente y el notario comprobará si persisten en su divorcio y si 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, única posibilidad de no existir mutuo acuerdo<sup>94</sup>.

## 5. CUESTIONES SOBRE EL DIVORCIO NOTARIAL EN ESPAÑA

El divorcio ante notario es la disolución del vínculo conyugal con base en la voluntad inequívoca de divorciarse de los cónyuges y la regulación pactada de los efectos del divorcio, en especial se convienen las medidas que regularán el término del régimen de bienes, la situación pos divorcio entre las partes y, en determinados casos, se permite acordar pensión compensatoria y materias vinculadas a los hijos comunes.

El carácter contractual que parece subyace a esta modalidad de divorcio y la dualidad de contenidos (disolución del matrimonio y acuerdos sobre los efectos de tal disolución propios de un convenio regulador) acarrear cuestiones jurídicas, algunas de las cuales, sin pretensión de exhaustividad, queremos plantear.

En primer lugar, conocer el grado de intervención del notario. En efecto, el nuevo artículo 90.2 del Código civil español establece la obligación del notario de valorar el convenio al señalar: “cuando los cónyuges formalizaren los

---

94 [https://e-justice.europa.eu/content\\_divorce-45-ro-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ro-es.do) (consultado en febrero de 2016). Vid. también Lupsan, G., “About the Dissolution of Marriage Settlement in the Context of Romania’s Integration in the European Union”, *The 7<sup>th</sup> Edition of the International Conference European Integration Realities and Perspectives*, págs. 261 a 265, publicado en: <http://www.proceedings.univ-danubius.ro/index.php/eirp/article/viewFile/1366/1194> (consultado en febrero de 2016).

acuerdos ante el Secretario judicial, 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, 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<sup>95</sup>.

La posibilidad de oponerse al convenio pudiera interpretarse como la desnaturalización de la tradicional función notarial al concederle facultades de revisión y oposición a lo acordado y lleva a preguntarse bajo qué criterios puede el notario juzgar el daño o grave perjuicio para los cónyuges o los hijos. Sin embargo, esta concepción constituye una mirada limitada de la función notarial. En general, el notario, al igual que los juristas romanos clásicos, está dotado del *respondere* (resolución de dudas, asesoramiento técnico jurídico) y del *cavere* (asegurar el cumplimiento de los fines del negocio, garantizando el equilibrio entre las partes), si bien carece del *imperium* del juez, excepto en la potestad de rechazar la autorización del divorcio, cuando el negocio sea en todo o en parte contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres (artículo 145.5 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado)<sup>96</sup>. Para declarar el divorcio y aprobar el convenio regulador en escritura pública, el notario realiza un control de legalidad y de seguridad jurídica como función pública<sup>97</sup> (artículo 1 del Reglamento Notarial); la escritura pública de divorcio tiene naturaleza constitutiva, es título ejecutivo (artículo 517 LEC), tiene acceso directo a los registros públicos, es título legitimador de derechos y probatorio (artículos 319 LEC, 1.218 CC y 17 bis de la Ley del Notariado): *inter partes* de su contenido, *erga omnes* de su existencia y fecha, de su presunta legalidad y de suficiencia de capacidad, legitimación y libertad de consentimiento de los otorgantes<sup>98</sup>. Para ello deberá, en primer lugar, comprobar la capacidad y la libre formación de la voluntad de las partes<sup>99</sup> y, en segundo lugar, analizar su contenido, evitando que sea perjudicial para los intereses de los cónyuges o de los hijos,

95 Sobre la inclusión de otros pactos en el convenio regulador más allá del contenido mínimo legalmente previsto en el art. 90 Código civil: *vid.* Vela Fernández C., y Bustillo Tejedor, L., “Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio”, en *Separaciones y divorcios ante notario*, dirigido y coordinado por Guillermo Cerdeira Bravo de la Mansilla, Madrid, 2016, págs. 160 y ss.

96 Vallet de Goysisolo, J., “La función notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIV, abril-junio, 1984, págs. 317 y ss.

97 El notario debe denegar su autorización cuando se vulnere una norma imperativa (v.gr. si se pretendiese el divorcio antes de transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio o sin la asistencia letrada).

98 Cerdeira, *Matrimonio y Constitución*, págs. 348 y ss. y en “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunidad político y su exigencia constitucional”, *op. cit.*, págs. 60 y 61.

99 Pérez Hereza, J., “La separación y divorcio notarial”, *El Notario del siglo XXI*, nº 63, octubre, 2015 en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/5388-la-separacion-y-divorcio-notarial> (consultado en febrero de 2016).

realizando un control de equidad que la práctica irá modulando en qué forma deba ejercerse<sup>100</sup> y que, a diferencia de otros casos de denegación de funciones, no podrá ser objeto de recurso ante la Dirección General (ex artículo 90 C.c.), sin perjuicio de que quede expedita la vía judicial. En todo caso, aunque el notario sí puede ejercer una función de asesoramiento, no podrá compeler o suplir el criterio de los cónyuges en contra de su voluntad<sup>101</sup>, quienes tendrán posibilidad de acudir a la vía judicial, en términos similares a las previsiones de los artículos 4, 5, 8 y 11 del Decreto-Ley n° 154 “Del Divorcio Notarial”, de 6 de septiembre de 1994 de Cuba; artículo 3 del Decreto n° 4.436/2005, de Colombia o artículo 1.776-A del Código civil portugués.

En este contexto planteamos si el notario, como el juez (artículo 777.7 LEC), puede declarar el divorcio y no aprobar en todo o en parte el convenio regulador. No parece que el legislador acoja esta opción, pues el artículo 90 C.c. sigue hablando de “cónyuges” y de “unidad de acto”, de modo que la disolución y las medidas que afectan a la nueva situación habrán de ir unidas en un solo trámite. De estimar el notario que alguna cláusula del convenio es perjudicial o dañosa para uno de los cónyuges (artículo 97 C.c. sobre pensión compensatoria) o los hijos mayores o menores emancipados afectados (artículo 93 C.c.), deberá dar por terminado el expediente sin la declaración del divorcio.

En este caso, ¿el notario ha de remitir el expediente notarial al Juzgado del partido o es deber de los cónyuges? La primera opción, prevista en el Código civil portugués (artículo 1.778), no está contemplada en la legislación española, pues atribuye a los esposos la posibilidad de acudir al juzgado para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (artículo 90 C.c.)<sup>102</sup> Sin embargo, la remisión notarial evitaría que los cónyuges acudiesen a otro notario de entre los posibles (cualquier notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes: art. 54.1 Ley del Notariado), que pueda no apreciar perjuicio alguno y lo formalice sin que el juez llegue a conocer del contenido del convenio, contraviniendo la literalidad de la ley que impide que, denegada la autorización notarial, pueda ser aprobada después por otro notario (arts 6 y 19.3 y 4 Ley de Jurisdicción Voluntaria). Esta circunstancia podría evitarse plasmando documentalmente el notario la

---

100 Pérez Hereza, “La separación y divorcio notarial”, op. cit., cree que la actuación del notario debe estar presidida en este punto por el principio de mínima intervención, pues no debe ser su función generar conflictos donde las partes han logrado a un acuerdo; a su juicio, para apreciar el carácter dañoso o gravemente perjudicial de un convenio, debe atenderse a aspectos objetivos referidos a la estructura del acuerdo, más que al aspecto subjetivo sobre el beneficio económico que pueda suponer el acuerdo para una parte en detrimento de la otra: en el ámbito patrimonial debe primar la libertad contractual, pues lo contrario sería sostener que existe un cónyuge más débil, cuya libertad debe ser limitada en aras a su protección patrimonial, lo que indirectamente constituye una vulneración del principio de igualdad consagrado en la Constitución; en este ámbito, el control de lesividad se reducirá a los pactos en los que se excluye con carácter preventivo e irrevocable derechos indisponibles para los esposos o sus hijos mayores dependientes (v.gr. en sede de alimentos).

101 Cerdeira, *Matrimonio y Constitución*, págs. 324 y ss.

102 En el mismo sentido el artículo 160 del Código de Familia de Nicaragua.

solicitud y tramitación previas a la escritura pública, o certificando el notario que no se autorizó la solicitud y queda expedita la vía judicial (como regula el artículo 8 del Decreto-Ley nº 154/1994 cubano), o con manifestación expresa de las partes en el convenio de que no se ha denegado por ningún notario con anterioridad y, a mayores, con la creación de un Registro de Divorcio Notarial donde se inscriban las solicitudes y su resolución.

En segundo lugar, concretar la forma de intervención y comparecencia de los cónyuges. El 82 C.c. dice claramente que los cónyuges “deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal”, esto es, deben estar presentes y a la vez<sup>103</sup>, impidiendo que su divorcio sea un acto delegable por medio de poder o representación verbal por mandatario y luego ratificado. El sentido de la norma obliga a la intervención de ambos a la vez, a firmar la escritura, a diferencia de la mayor parte de regulaciones, donde se admite la representación especial (artículo 1.775 C.c. portugués; artículo 2 del R.D. Ley nº 154/1994 de Cuba; artículo 18.22 de la Ley Notarial, tras reforma por Ley de 28 de noviembre de 2006 y artículo 107 del Código civil de Ecuador; incluso se admite al abogado el poder de firma de la escritura en la legislación colombiana, artículo 2 de la Ley 962/2005).

Por otra parte, según el artículo 54.2 de la Ley del Notariado: “Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio”<sup>104</sup>. Exige la norma la presencia letrada al tiempo de la firma de la escritura, a quienes se identificará e incluirá en el documento público donde constará su firma. Se atiende al concepto de abogado previsto en los artículos 542 y 544 a 546 de la LOPJ, que se completa con el artículo 9 del Estatuto General de la Abogacía Española<sup>105</sup>, Real Decreto que considera expresamente

103 En contra de este criterio: Acedo Penco, A., “Crisis matrimoniales ante notario: normativa aplicable y ámbito de aplicación”, en *Separaciones y divorcios ante notario*, dir. por el Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Madrid, 2016, págs. 96 y 97. A favor, en aplicación del principio general notarial de unidad de acto: García Pérez J. E. y Díaz Pita, M. P., “Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales”, en *Separaciones y divorcios ante notario*, dir. por Guillermo Cerdeira, op. cit., págs. 107 y 108 y 115 a 118.

104 La imposición de la asistencia letrada no se recogía en el Anteproyecto de Ley, que admitía la posibilidad de que los cónyuges pudieran estar asistidos de letrado en ejercicio. El artículo 82.1 decía: “Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que puedan estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Notario”. Sobre la cuestión, vid. Pérez Gallardo, L., “Separación y divorcio notarial a la española: una visión desde el derecho comparado”, en *Separaciones y divorcios ante notario*, dirigido y coordinado por Guillermo Cerdeira Bravo de la Mansilla, Madrid, 2016, págs. 34 a 42.

105 Artículo 542.1 LOPJ: “Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.” Artículo 544 LOPJ (modificado por el artículo único.105 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio): “1. Los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales, antes de iniciar su ejercicio profesional, prestarán juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. La colegiación de los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales será obligatoria para actuar

como tales a quienes están incorporados a un Colegio español de abogados en calidad de ejercientes. Bastará a efectos de acreditación, la exhibición del oportuno documento, donde conste el número de colegiado y el Colegio de Abogados al que pertenece y el certificado actualizado aportado por el letrado interviniente de su condición de ejerciente, expedido por el Colegio de Abogados correspondiente o por el Consejo General de la Abogacía a tal efecto.

Será el letrado quien asesore a las partes, recabando los documentos que habrán de aportarse a la vista del notario. No existe en este extremo regulación específica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 777.2 de la LEC respecto al divorcio judicial de mutuo acuerdo, esto es: certificaciones del Registro Civil de la inscripción del matrimonio y del nacimiento de los hijos, si los hubiese. En caso contrario, basta presentar el Libro de Familia acreditando esta cuestión. Probar la inexistencia de hijos con la capacidad modificada judicialmente será suficiente la manifestación. Si se solicitaren medidas de carácter patrimonial, deberán de aportar aquéllos de que dispongan, que permitan evaluar su situación económica y, en su caso, de los hijos (declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad, certificaciones registrales...) Sin perjuicio del deber de las partes de acreditar sus manifestaciones, planteamos en qué medida el notario puede recabar información obrante en registros públicos, pese a no estar previsto legalmente, obligación que se impone a la hora de formar inventario de bienes y derechos del causante, a los efectos de aceptar o repudiar la herencia de los llamados a ella, respecto de la obtención de certificaciones registrales de dominio y cargas de los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad (artículo 68 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, añadida por la Disposición Final Undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria). Sin embargo, la opción nos parece más que plausible, pues, examinada la petición por el notario (artículo 145 del Reglamento Notarial), pudiera éste interesar a los esposos más prueba a fin de justificar el alcance del clausulado, cuya legalidad y ausencia de lesividad para cualquiera de las partes o de hijo mayor no emancipado y conviviente, deba controlar, antes de acordar sin más el archivo del expediente (como sí está permitido al juez y al letrado de la administración de justicia en el

---

ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral.” Artículo 9 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española: “1. Son Abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados. 2. Corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado a quienes lo sean de acuerdo con la precedente definición, y en los términos previstos por el artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 3. No obstante, podrán seguir utilizando la denominación de Abogado, añadiendo siempre la expresión “sin ejercicio”, quienes cesen en el ejercicio de dicha profesión después de haber ejercido al menos veinte años. 4. También podrán pertenecer a los Colegios de Abogados, con la denominación de colegiados no ejercientes, quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13.1 de este Estatuto General.”

artículo 777.4 LEC); la omisión de documentación relevante en el expediente puede evitarse con la intervención del notario, que la reclamará a los cónyuges o podrá obtenerla cuando se trate de registros públicos, como es el caso del certificado de la condición de ejerciente de letrado a la que antes nos referimos.

Problemas de interpretación pueden surgir respecto de hijos menores no emancipados o hijos con la capacidad modificada judicialmente que lo sean de uno solo de los cónyuges, pues nuestra legislación, a diferencia de otras como la cubana<sup>106</sup>, la colombiana<sup>107</sup>, la nicaragüense<sup>108</sup> o la letona<sup>109</sup>, no habla de hijos “comunes”. Las medidas de divorcio que adopten los esposos no tienen por qué comprenderlos, al carecer uno de ellos de legitimación por no ostentar la patria potestad, en caso de menores, o su rehabilitación de ser mayor, conforme los artículos 222.3ª y 236.2 del Código civil. Sin embargo, el artículo 81 C.c. habla de hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de “sus progenitores”, sin mención al término “cónyuges”. Tal redacción nos lleva a concluir que existiendo hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptados que sean menores o hijos que, independientemente de su edad, tengan su capacidad modificada judicialmente y dependan de sus padres, al margen de si esta condición coincide o no en ambos esposos, se excluye, a nuestro juicio, la intervención notarial. Cuestión distinta es valorar el alcance de la “dependencia” que entendemos no alude ni a la derivada de la “Ley de Dependencia” de carácter administrativo, ni se limita a la meramente económica, que se excluiría al justificar la percepción de emolumentos suficientes para su sostén, sino a cualquier grado de sometimiento a los progenitores, bien porque tienen a su cargo su persona o patrimonio, como ocurriría en el caso indicado de rehabilitación de la patria potestad declarada por el juez, bien porque han de contribuir a su cuidado o manutención, que podría verse mermada por decisiones adoptadas por los esposos al tiempo del divorcio. Mientras en el primer supuesto al notario le bastaría la aportación de las resoluciones judiciales para archivar la solicitud, en el segundo deberá atenerse a las declaraciones de las partes, que pueden incorporarse a la escritura.

Tampoco parece competencia notarial el divorcio cuando la esposa está embarazada<sup>110</sup>. Las previsiones protectoras del *nasciturus*, según los artículos 29 y 30 del Código civil, al que se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, justifican la intervención del Ministerio Fiscal velando por el interés del menor y, por tanto, el divorcio deberá ser judicial. A estos efectos puede considerarse suficiente la declaración jurada de la esposa en el sentido

---

106 Artículo 4 del Decreto-Ley n. 154/1994.

107 Artículo 2 de la Ley 962/2005.

108 Artículo 159 del Código de Familia.

109 Artículo 74 del Código civil.

110 Fernández Bravo, L., “De matrimonios y divorcios ante notario. La ley de jurisdicción voluntaria”, en

<http://www.notariosenred.com/2015/06/de-matrimonios-y-divorcios-ante-notario-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria/> (consultado en febrero de 2016).

indicado, como exigen las legislaciones ecuatoriana<sup>111</sup> y peruana<sup>112</sup> para el caso de hijos menores o incapaces.

Por el contrario, se mantiene la competencia del notario (artículo 82) cuando hay hijos mayores o menores emancipados. La alusión a los mayores se entiende a la mayoría de edad del artículo 315 del Código civil<sup>113</sup>. No obstante, deberán otorgar su consentimiento respecto de las medidas que les afecten cuando carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar<sup>114</sup>. Sobre la naturaleza de este consentimiento nadie duda de su importancia: si no se presta, no puede formalizarse el divorcio<sup>115</sup>. Por ello, deberán estar presentes en el momento de otorgar la escritura aunque la ley, a diferencia de los esposos, no parece prohibir la representación por apoderado<sup>116</sup>. La cuestión es cómo demostrar que no les afecta ninguna medida contenida en el convenio regulador o que tienen ingresos propios y que no conviven en el domicilio familiar. Una buena opción, so pena de nulidad, es hacerles comparecer en todo caso para que hagan las manifestaciones oportunas en tal sentido y hacerlo constar en la escritura<sup>117</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, como quedó dicho, el legislador faculta al notario a no autorizar el divorcio, si considera que alguno de los acuerdos conyugales pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de ellos o para los hijos mayores o menores emancipados afectados. Dice la norma que, en tal caso, debe advertirlo a los otorgantes y dará por terminado el expediente. Excluye el legislador la opción de que, tras el examen notarial de la propuesta de convenio y manifestada la existencia de pactos perjudiciales en los términos referidos, puedan las partes libremente modificarlos y presentar nueva redacción del convenio. La posibilidad está admitida por las regulaciones cubana y portuguesa, que permiten a los esposos incorporar libremente las pautas o recomendaciones del notario. Lo que es indiscutido en todas las legislaciones

---

111 Artículo 18.22 de la Ley Notarial, tras reforma por Ley de 28 de noviembre de 2006.

112 Artículo 2 de la Ley 29.227/2008, de 15 de mayo.

113 El artículo 206 del Código de las Familias boliviano exige la falta de hijos o que sean mayores de 25 años.

114 La inclusión de medidas que les afectan no impide que, llegado el caso, y pese a haber prestado su consentimiento, puedan reclamar en sede judicial sus pretensiones.

115 Lejos, no obstante, de constituir un consentimiento negocial, cuya omisión implicaría la nulidad contractual, pues haría depender del hijo el divorcio de los padres; ni tampoco un asentimiento, de modo que pudiera ratificarse después, en caso de omisión, so pena de anulabilidad: vid. García Pérez J. E. y Díaz Pita, M. P., “Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales”, op. cit., págs. 120 y 121.

116 En contra: García Pérez J. E. y Díaz Pita, M. P., “Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales”, op. cit., págs. 121 y 122; concluyen estos autores que el consentimiento de los hijos es personalísimo y no puede realizarse mediante representante voluntario.

117 Gomá Lanzón, F., “Divorcio de mutuo acuerdo ante notario: instrucciones de uso”, en ¿Hay derecho?, 22 de julio de 2015: <http://hayderecho.com/2015/07/22/divorcio-de-mutuo-acuerdo-ante-notario-instrucciones-de-uso/> y Pérez Hereza, “La separación y divorcio notarial”, op. cit., (consultados en febrero de 2016).



es que la falta de aprobación notarial de la propuesta de convenio regulador, obliga a los cónyuges a acudir ante el juez con esa finalidad.

Autorizada la escritura, el nuevo artículo 61 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establece que deberá remitirse comunicación inmediata al Registro Civil por medios electrónicos el mismo día o al siguiente hábil de la escritura de divorcio y, a falta de éstos, una copia autorizada en papel. El precepto entró en vigor el 30 de junio de 2017.

Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio son los inherentes a la declaración de divorcio judicial: se extingue el vínculo matrimonial (pudiendo contraer nuevo matrimonio), cesa la obligación de vivir juntos y la presunción de convivencia entre los cónyuges, se extingue el régimen económico matrimonial, quedan revocados todos los consentimientos y poderes que uno de los cónyuges hubiera concedido al otro y además tendrá eficacia el convenio regulador que hayan aprobado las partes, en los términos ya indicados y de acuerdo con el artículo 90 del CC. Los efectos se producirán desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública, conforme los requisitos legales examinados del artículo 87 (artículo 89 C.c.)<sup>118</sup> y desde la aprobación por el notario podrán también hacerse efectivos por la vía de apremio (artículo 90.3 C.c.), al tratarse la escritura de título ejecutivo que tiene aparejada ejecución, conforme prevé el artículo 517.2.4º de la LEC, al que se remite el art. 776 del citado cuerpo legal. Sin embargo, siendo la ejecución de título no judicial, no podrá despacharse por cantidad determinada inferior a trescientos euros, que dispone el artículo 520 LEC, límite a tener en cuenta, por ejemplo, a la hora de exigir el cumplimiento de pensiones compensatoria o de alimentos a hijo mayor debidas, sin perjuicio de oponer las causas previstas en el art. 557 LEC para títulos no judiciales. Por el contrario, consideramos que no hay óbice para que el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución forzosa de las medidas personales o patrimoniales convenidas por los cónyuges pueda servirse de las especialidades previstas en el artículo 776 LEC, sobre multas coercitivas al ejecutado.

En cualquier caso, las medidas definitivas dispuestas en el convenio regulador contenido en la escritura pública son modificables mediante un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos que para la aprobación del convenio exigió el Código civil (artículo 90.3 C.c.). A *sensu contrario*, los pronunciamientos dispuestos en las sentencias de divorcio sólo podrán modificarse por el tribunal competente (artículo 90.3 C.c.), como también se pronuncia el artículo 10 del Decreto-Ley nº. 154/1994 de Cuba. No impone la norma que la modificación sea autorizada por el mismo notario, como sí prevé el artículo

---

118 Sobre la aplicación analógica del art. 102 Código civil al divorcio notarial: vid. Bustillo Tejedor, L. y Gómez-Riesco, J. M., “Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio”, en *Separaciones y divorcios ante notario*, dirigido y coordinado por Guillermo Cerdeira Bravo de la Mansilla, Madrid, 2016, págs. 204 y ss.

354 del Código civil peruano, respecto del notario que conoció de la separación convencional previa. El artículo 54 de la Ley del Notariado reconoce la competencia del fedatario del último domicilio común, que obviamente no variará, o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes, que sí está sujeto a alteración, pudiendo presentarse la solicitud ante cualquiera de los posibles<sup>119</sup>.

En caso de desacuerdo, será el juez quien resuelva sobre la modificación de las medidas, bien del Juzgado de Primera Instancia o Instrucción, bien del Juzgado con competencias en asuntos de Familia (art. 98 LOPJ y art. 769 LEC) pues, más allá del instrumento a modificar, ha de primar el objeto de la modificación, esto es, los efectos de divorcio, debiendo acudir a las especialidades procesales reguladas en el artículo 775 LEC en relación con el art. 770 LEC. Aunque no se disponga expresamente, parece conveniente que el notario autorizante de la nueva escritura de modificación de medidas o el tribunal, en su caso, remita certificación de la sentencia a la notaría donde obre la escritura de divorcio de mutuo acuerdo, como indica el artículo 11 del Decreto Ley n 154/1994 cubano, para su anotación marginal.

Desde una perspectiva penal, no es posible tramitar diligencias por incumplimiento de las pensiones compensatoria o de alimentos que consten en escritura pública. Al margen, por supuesto, de la figura clásica de abandono de familia centrada en el incumplimiento de los deberes legales (que no convencionales) inherentes a la patria potestad, guarda o acogimiento, o bien asistenciales necesarios para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuge previstos en el artículo 226 del Código penal, lo cierto es que el supuesto de impago de las prestaciones económicas establecidas para los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial del artículo 227 del Código penal, están limitadas a los casos de previsión en una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial competente, que establezca cualquier tipo de prestación económica a favor de los hijos del matrimonio o/y del ex cónyuge, en los casos, por lo que nos afecta, de divorcio<sup>120</sup>, haciendo de la resolución judicial un elemento constitutivo del tipo penal.

Finalmente indicar que, desde un punto de vista formal, la cuestión que plantea la doctrina afecta a la naturaleza supuestamente contractual del divorcio ante notario, que algunos autores han visto en la redacción del artículo 89 C.c.: “los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán

---

119 Se excluye la competencia del notario del lugar de celebración del matrimonio, que sí reconoce, por ejemplo, la legislación peruana: artículo 2 de la Ley 29.227/2008, de 15 de mayo.

120 SSTS. de 13 de febrero de 2001, de 3 de abril de 2001 y de 8 de julio de 2002. Según esta jurisprudencia, la figura delictiva tipificada en el artículo 227 CP, constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar, frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto.

desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública”, de modo que la alusión al consentimiento como productor de efectos jurídicos se llama “contrato”<sup>121</sup>. Por ejemplo, en legislaciones como la japonesa, el Código civil admite la anulabilidad del divorcio por mutuo consentimiento cuando concurren vicios en la voluntad<sup>122</sup>, y se llega a hablar de la privatización del negocio jurídico matrimonial. Esta concepción jurídica, dentro del análisis más pormenorizado que merecería la cuestión, plantearía nuevas y relevantes cuestiones, como concretar las consecuencias jurídicas que llevaría aparejada una eventual sentencia firme de nulidad, declarada años después del otorgamiento de la escritura pública de divorcio; o plantear vicios del consentimiento de cualquiera de los esposos -artículo 76 C.c.- o de los hijos mayores o menores emancipados que deben comparecer en el otorgamiento, o simulación de los cónyuges, o incumplimiento de normas imperativas -caso de la mujer embarazada que oculta su estado al notario, quien habría de cerrar el expediente y remitirlo las partes al Juzgado (artículo 82, en relación con el artículo 29 C.c.), o del divorcio notarial concedido previo archivo del expediente por otro notario. Por otra parte, la declaración de nulidad de la escritura de divorcio implicaría la de todos los actos posteriores dependientes de ella (artículos 238 y 243 LOPJ), como un nuevo matrimonio, so pena de incurrir en delito de bigamia (artículos 217 y 218 Código penal).

Visto el somero recorrido realizado por algunas de las legislaciones vigentes en materia de divorcio notarial, constatamos que el legislador español, en el marco general de modernización y agilización de nuestro sistema judicial, pretende descargar la intervención de los tribunales impulsando la actuación de un nuevo operador jurídico, el notario, tomando el testigo de las reformas legislativas más recientes en la materia, que cuentan con el beneplácito de los colegios notariales. Así concluyó la XVI Jornada Notarial Iberoamericana, bianual, celebrada en La Habana entre los días 23 al 25 de noviembre de 2014<sup>123</sup>. En ella fue tratado el tema que nos ocupa y los allí reunidos concluyeron que: “Dada la naturaleza de la función, el notario está llamado a intervenir en asuntos de Derecho de familia, en especial el matrimonio, incluyendo a las otras vinculaciones, como el divorcio. No existe fundamento jurídico para no otorgarle al

---

121 Núñez Iglesias, A., “Apuntes sobre el divorcio ante Notario y su naturaleza”, en *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre, 2015), Ensayos, págs. 153 a 171, (consultado en febrero de 2016). Para la doctrina anterior vid. Ramos Orea, T., “Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: distintos supuestos de resolución”, en *Revista de Derecho Notarial*, CXL, abril-junio, 1988, págs. 289 y ss.

122 El artículo 764 del C.c. japonés, en relación con el artículo 747, prevé que quien se haya divorciado por mutuo consentimiento podrá solicitar del Tribunal la anulación del matrimonio si concurrió engaño doloso o coacción, acción que prescribirá a los tres meses a contar desde el descubrimiento del dolo por el cónyuge engañado o del cese de la coacción o cuando éste hubiera ratificado el divorcio.

123 [http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=12092&name=DL-FE-4055.pdf](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DL-FE-4055.pdf) (consultado en febrero de 2016).

notario tal competencia material”; por ello, acordaron “instar a todos los países en los cuales no existe legislación al respecto para que formulen las modificaciones legislativas pertinentes a los efectos de incorporar competencias materiales para que el notario pueda intervenir en la celebración de matrimonios u otras opciones de convivencia que garanticen la vida en familia en un régimen de igualdad y sin discriminación alguna, divorcios y separaciones personales, existan o no hijos menores de edad o discapacitados y la liquidación y partición del régimen económico matrimonial”, deseos de los que, al menos en parte, se ha hecho eco el legislador español, si bien dejando en el aire importantes cuestiones que bien la práctica, bien nuevas disposiciones, habrán de solventar.