

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA*

EL DIVORCIO NOTARIAL QUE VIENE ... A ESPAÑA (O DE LA INEVITABLE DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO AMISTOSO)

SUMARIO: I. La posible desjudicialización del divorcio voluntario en Derecho español. - II. De la constitucionalidad del divorcio en sí, y de su natural evolución fundada en la libertad. Matrimonio y divorcio consensual como las dos caras de una misma moneda. - III. Las exigencias de agilidad, celeridad y abaratamiento en el divorcio amistoso, y de la conveniente descongestión, en general, en la función judicial. - IV. La conformidad del divorcio notarial, y del administrativo, con la exigencia de un control heterocompositivo de legalidad y seguridad jurídica. Ley, estado civil, y orden público: la imposibilidad de un divorcio transigido o arbitrado. - V. Alcance de la homologación en el divorcio convencional, o del alcance de la jurisdicción voluntaria en sede de crisis matrimonial. La necesaria alternativa entre ambas vías: judicial y notarial. - VI. La necesaria protección de los hijos, y la imprescindible intervención del Ministerio Fiscal.

I. *La posible desjudicialización del divorcio amistoso en Derecho español.* – No son pocos, casualmente en su mayoría notarios¹, los que proponen una reforma legal que admita en España el divorcio notarial, sea el modelo cubano, pionero en la materia, o cualquier otro (como el colombiano, el brasileño o el pe-

* Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla.

¹ Así, entre otros, CAMPO GÜERRI (*“Notariado y jurisdicción voluntaria”*, en AAMN, T. XLV-XLVI, pp. 444, 462-466); GOMEZ-FERRER SAPIÑA (*“Jurisdicción voluntaria y función notarial”*, en RJN, 1992-II, pp. 154-157); CARRION GARCIA DE PRADA (*“Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”*, en RJN, 2000, p. 90 ss.); DE LA PRADA GONZALEZ (p. 1632); FAJARDO ESTIVILL (*“En torno a la necesaria reforma de la jurisdicción voluntaria”*, en La Notaría, 2008, tomado de vlex); MARFIL GOMEZ (*“El arbitraje en el Derecho de familia en España: un reto de futuro”*, en Revista de Derecho de Familia, 2010, pp. 25-34);...

ruano), o incluso el divorcio administrativo mejicano o portugués (hecho ante el juez del Registro Civil)².

² Sin necesidad de referirse a algunos sistemas escandinavos, de origen difuso y de difícil encaje en otros sistemas por su singularidad, sin duda ninguna, la alternativa al divorcio judicial que más seguimiento ha tenido en Derecho comparado es el divorcio notarial en Cuba, un país donde, especialmente en las últimas décadas, ha proliferado el divorcio por múltiples razones, a veces endémicas, otras coyunturales, que lo convierten – parafraseando a Carbonnier – en una especie de divorcio de miseria (o por pobreza). Aunque admitido ya el divorcio en Cuba desde principios del siglo XX, es después de la Revolución socialista, en 1959, cuando se incrementa el número de divorcios, sobre todo en la década de los 70 y 80. Al tratarse, por entonces, de un divorcio judicial, lento y costoso, a agilizarlo y abaratarlo, descongestionando, además, con ello el aparato judicial, vino el Decreto-Ley n. 154/1994, de 6 septiembre, “*Del divorcio notarial*”, que será desarrollado por el Reglamento n. 182/1994, de 10 noviembre, del Ministerio de Justicia, teniendo toda esta reforma su oportuno reflejo en el Código de Familia (cfr., arts. 43.4], 50, ...). Con tal innovación la competencia queda atribuida en exclusiva a los notarios cuando se trata de un divorcio por mutuo acuerdo, permaneciendo atribuida a los jueces cuando se trata de un divorcio contencioso. El resultado de la reforma fue exitoso. Tan bien acogido ha sido el actual divorcio notarial cubano, entre expertos y en la práctica, que no se ha dejado esperar su influencia en otros países – de momento – sudamericanos, como son, por orden cronológico: Colombia, con la Ley n. 962/2005, de 8 julio, desarrollada por el Decreto n. 4436, de 28/11/2005; Ecuador, en la Ley n. 2006-62, de reforma de la Ley Notarial; Brasil, con la Ley n. 11411/2007, de 7 enero, desarrollada por la Resolución n. 35, de 24/4/2007; y, por último, Perú, en la Ley 29227/2008, de 15 mayo, reglamentada en el Decreto 009-2008-JUS, de 12 julio, que, como novedad frente a los demás países, junto al notario también confiere autoridad para el divorcio consensual a los Alcaldes.

Como fuente inspiradora más remota de esta modalidad de divorcio notarial suele citarse – también en esta materia – el Código de Familia soviético de 1926. Mas, en este caso al menos, no es del todo cierta tal paternidad del divorcio notarial: dicho Código ruso sí desjudicializa, en efecto, el divorcio consensual (limitando la intervención judicial al contencioso, art. 24), pero no para atribuir su competencia al notario, sino al encargado del – denominado – Registro de actos de ciudadanía, donde se inscriben – voluntariamente – tanto matrimonios como divorcios (cfr., arts. 19, 20, 131 ss.); una autoridad que, ante el acuerdo habido entre los cónyuges en divorciarse, se limita a levantar acta y dejar constancia del mismo en aquel Registro (arts. 21 y 22); permitiéndose, eso sí, que tal acuerdo fuese ejecutivo mediante acta notarial (art. 23). En dicho Código soviético se admite, incluso, un auténtico repudio, al estilo romano (que se hacía por carta): la posibilidad de cesación a instancia de un solo cónyuge, que será comunicada al otro cónyuge mediante copia del acta de inscripción (art. 140). En cambio, en aquellos otros

Nosotros, sin presentar un interés particular en tal propuesta, creemos poder apoyarla, también como invitación de futuro, *de lege ferenda*. En absoluto cabe hacerlo *de lege lata* ante la innegable exigencia legal de que sea siempre un juez mediante sentencia quien declare cualquier divorcio (cfr., arts. 85 y 89 CC, y el 777 LEC, sobre procedimiento judicial en caso de divorcio convencional). A lo sumo, sólo cabe, como en efecto a veces sucede en la práctica, una separación notarial, que encajaría, no obstante, en la modalidad de separación fáctica, frente a la también judicial que admite nuestro CC. Se trata aquí, pues, sólo de hacer una propuesta de futuro, *de lege ferenda*, cuyo único límite infranqueable a respetar, sin requerimiento de reforma, se contiene en nuestra Constitución (la española – en adelante, CE –, especialmente, como se verá, en sus arts. 9.2 y 3, 10.1, 14, 24, 32, 39, y 117 CE). Respetando dicho límite constitucional, nuestra propuesta de futuro no implicará, al menos en nuestra intención, ni publicación, ni privatización del Derecho de familia; tan sólo aspira a proseguir en el adecuado camino de su socialización, manteniendo un equilibrio entre justicia y libertad, en provecho del matrimonio, y, por ende, de la familia.

sistemas divorcistas notariales (cubano, colombiano, ...), ya sea por mutuo acuerdo o instado unilateralmente por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, todo divorcio ha de sustanciarse ante el notario en presencia de ambos cónyuges. Sí ha tenido más directa influencia este sistema ruso en Méjico, lo cual no es de extrañar, habida cuenta de que aquella modalidad de divorcio – que la doctrina mejicana llama – “administrativo” fue prontamente introducido en su Código civil federal de 2/10/1932 (art. 272). Y curiosamente, sus pasos han sido seguidos fuera de Latinoamérica, en Portugal, donde, superado tras mucho tiempo el retroceso habido en los 60 y 70 en materia de divorcio por la fuerte presión católica, se introduce la posibilidad de divorcio por mutuo acuerdo en los Registros Civiles, en tanto no haya hijos menores (o la cuestión relativa a su guarda y visitas se haya ventilado previamente ante los tribunales), con el Decreto-Ley n. 131/1995, de 6 junio, que aprueba el nuevo Código del Registro Civil, con modificación también del propio Código civil, y que se verá también modificado posteriormente: primero, con el Decreto-Ley n. 272/2001, de 13 octubre, donde se atribuye a los Conservadores del Registro Civil la sustanciación de los divorcios consensuales como competencia exclusiva; y luego, con la Ley n. 61/2008, de 31 octubre, que introduce la intervención del Ministerio Público en aquel divorcio consensual administrativo para cuando el matrimonio que se divorcia tenga hijos (evitando así aquella duplicidad procedimental que imponía el Decreto de 1995).

No nos parece, sin embargo, que cualquier divorcio notarial admitido en Derecho comparado sirva de modelo. Al margen de precisiones y razones menores (que se irán viendo), creemos que, como parangón, han de tomarse el divorcio notarial cubano, y supletoriamente, de no convencer o parecer excesivo tal modelo, el administrativo portugués. La propia evolución habida en estos dos países en materia de divorcio refuerza nuestro hermanamiento con ellos, porque también la evolución habida en nuestro divorcio, más tardía que la de aquellos, es muy semejante. Tan sólo nos diferencia el no haber culminado dicho avance con una desjudicialización del divorcio. Veámoslo.

II. *De la constitucionalidad del divorcio en sí, y de su natural evolución fundada en la libertad (ex arts. 1.1, 10.1 y 32 CE³). Matrimonio y divorcio consensual como las dos caras de una misma moneda.* – Aunque parezca sorprendente, no es debate aún cerrado en España el relativo a la constitucionalidad del divorcio, en cuyo fondo subyace aún la defensa, entre los propios civilistas, de la indisolubilidad del matrimonio. Curiosamente, muchas de las críticas, a veces apocalípticas, que en su día recibió la Ley-1981, hace poco las recibió idénticas la Ley-2005.

Aun excediendo tal cuestión del objeto del presente estudio, se nos antoja ineludible hacerle una referencia, aunque breve, no tanto por defender a estas alturas la constitucionalidad del divorcio en España⁴, sino a fin de demostrar su inevita-

³ Art. 1.1: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Art. 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Y art. 32: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. (...) 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

⁴ Cosa que ya hicimos con más detalle en nuestro “Divorcio a la española”, publicado en España, en 2008, del que se ha publicado una síntesis en Italia, bajo el título “Divorzio alla spagnola”, en Rivista Famiglia, Persone e Successioni, n. 3, 2011 (marzo), pp. 166 a 179.

ble evolución tras ser reintroducido en la actual democracia, tras su efímera consagración en la II República, y de mostrar con ello: por un lado, su similitud con la evolución del divorcio habida en Cuba y en Portugal, y, por otro, que el paso natural siguiente por dar en nuestro sistema es la desjudicialización del divorcio consensual, ya sea adoptando el divorcio notarial cubano, ya sea el “administrativo” portugués.

Ante todo, que nuestra Carta Magna no hablara expresamente del divorcio era inevitable si el constituyente deseaba ser prudente. Dado el tenso clima político y social en que se gestó nuestra actual Constitución, poco después de fallecido el Dictador Franco, ésta no pudo ser tan clara, ni mucho menos tan revolucionaria como la republicana de 1931, cuyo art. 43 permitía la disolución del matrimonio “*por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación, en este caso, de justa causa*”, siendo luego tal mandato desarrollado en la ley del divorcio de 1932. En cambio, nuestra vigente Constitución, de 1978, en su art. 32 sólo hace expresa mención de la “*separación*”, lo que no provocó problemas al ser siempre admitida en nuestro Derecho, así como en el canónico. Dice íntegramente, dicho art. 32 CE, en su ap. 2: “*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*”. Intencionada y cautelosamente, no se pronunciaba el art. 32 acerca del divorcio, pero empleaba la expresión más amplia de “*disolución*” para dejar la puerta abierta, la última decisión al legislador, para que éste pudiera introducir el divorcio junto a la muerte como causa también de disolución del matrimonio. No en vano, la CE habla de “*causas de... disolución*”, en plural, cuando por entonces, al redactarse tal frase, el CC sólo contemplaba la muerte como causa de disolución (art. 52 CC anterior, frente a las tres causas que recogerá luego el vigente art. 85 CC). No hay duda, pues, de que la CE explícitamente no imponía – o constitucionalizaba – el divorcio, pero tampoco lo prohibía; implícitamente lo permitía. El constituyente se limitaba a delegar en el legislador ordinario (recuérdese del art. 32.2 CE cuando dice que “*la ley regulará... las causas de... disolución y sus efectos*”).

Así lo hizo el Parlamento español, primero, con la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del ma-*

trimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (Ley-1981, en adelante). En ella, como regla se introduce un divorcio-remedio objetivo que siempre requiere de una previa separación y cuya causa ha de estar justificada, acreditada. A salvo los casos de los antiguos arts. 82.3^a y 86.5^a CC⁵, que lo fueron de divorcio sanción fundados en la idea de culpa, en todos los demás la separación y el divorcio se contemplaban como posibles remedios a quiebras o crisis matrimoniales, no como pena o sanción para el cónyuge que por su actitud fuese el causante o desencadenante de la crisis. No bastaba, sin embargo, con la sola voluntad para divorciarse, ni siquiera la común de ambos cónyuges: había ésta de estar justificada y supeditada a la previa separación que, dependiendo de su causa, habría de durar 1, 2 ó 5 años.

Consolidado dicho sistema con el tiempo, el siguiente paso lógico en su evolución fue dado por la vigente *Ley-2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (en adelante, Ley-2005). En ella, como una de sus mayores novedades, por razones de economía separación y divorcio quedan en pie de igualdad como alternativas de libre elección, no siendo ya la separación requisito previo para el posterior divorcio. Quedará de esta manera la separación como posible período de reflexión, antes de decidirse definitivamente por el divorcio, o como única salida a la crisis matrimonial para quienes por sus propias convicciones crean en la indisolubilidad del matrimonio. En cuanto al divorcio, la ley-2005 refuerza su carácter objetivo o no culpabilístico (haciendo desaparecer ya cualquier caso de divorcio-sanción y cualquier atisbo de culpabilidad), y lo naturaliza, equiparándolo en su voluntarismo al propio matrimonio, permitiendo que por mutuo acuerdo, o por voluntad de uno de los esposos con el consentimiento del otro, o incluso por la voluntad de uno solo de ellos, pueda instarse el divorcio sin necesidad de justificarlo, de alegar causa, y sin posibilidad de que el otro se oponga.

⁵ Decía el art. 82 CC: “Son causas de separación: ... 3^a La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años”. Y art. 86 CC: “Son causas de divorcio: ... 5^a La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes”.

No por ello puede hablarse técnicamente de un divorcio abstracto o sin causa, ni estimarse, entonces, que dicho divorcio sea, como algunos creen, inconstitucional por el simple hecho de que el art. 32.2 CE hable de las “*causas de separación y disolución*”, en plural, y la ley regule, en cambio, un divorcio sin causa ninguna⁶. Acaso como si el matrimonio, su opuesto, fuese también abstracto o sin causa, cuando su causa (ex arts. 66, 67 y 68 CC), es la *affectio maritalis*. Lógicamente, la causa del nuevo divorcio es la *desaffectio maritalis*. Y como tal aparece en la Ley-2005. De esa forma, la libertad para casarse queda equiparada a la libertad para descasarse. El cambio, por tanto, del nuevo divorcio no es la desaparición de la causa, sino presumirla *iuris et de iure* una vez interpuesta, conjunta o separadamente, la demanda de divorcio. La propia Exposición de Motivos de la Ley-2005, tras referirse a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad como fundamento constitucional (ex arts. 1.1 y 10.1 CE) del nuevo divorcio – supuestamente – sin causa, dice: “*Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud*”. Con este nuevo divorcio se evita que la crisis se manifieste y explique por una causa cruel (como los malos tratos), o por una causa indigna (como la infidelidad), ya producida, ya una vez hecho el daño. Se cumple, así, el mandato constitucional del art. 32.2 CE en su exigencia de causas, palabra ésta que, sin duda, se emplea en tal norma *in sensu lato*.

A un punto de evolución semejante han llegado los divorcios cubano y portugués; pero no los otros (colombiano, ecuatoriano, brasileño, mejicano y peruano), a pesar de recogerse también en estos el divorcio amistoso extrajudicial. Se mantiene aún en ellos un divorcio en muchos casos subjetivo o culpabilístico, un divorcio-sanción, fuertemente causalizado, para el que siempre se exige una separación previa (al menos, así es en Brasil⁷ y Perú). En

⁶ *Vid.*, por todos, RAMOS CHAPARRO (“Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, en *Actualidad Civil*, 2005, pp. 1159-1161).

⁷ Donde su propia Constitución, en su art. 226, lo exige, concretándolo por su mandato el art. 1580 de su Código civil, donde la separación previa (de 1

cambio, en Cuba y en Portugal, tras seguirse una evolución peculiar en cada país (obstaculizada por la influencia católica más la portuguesa que la cubana), se ha arribado a un divorcio remedio, “sin causa” también (en el sentido antes aclarado), en el que no se requiere de previa separación. ¿Por qué no sintonizar aún más la sinonimia acogiendo también en nuestro Derecho un divorcio consensual desjudicializado?

III. *Las exigencias de agilidad, celeridad y abaratamiento en el divorcio amistoso, y de la conveniente descongestión, en general, en la función judicial, ex arts. 9.2 y 24.2 CE*⁸. – Es unánime en todos los sistemas que han desjudicializado el divorcio consensual destacar que ello ha obedecido a una exigencia de ahorro en tiempo y en costes (no sólo económicos, sino también psicológicos, de los justiciables, y sociales en general), tanto en los procesos de divorcio amistoso, como también, más allá, para descongestionar de trabajo a los tribunales de justicia, cuya labor quedaría circunscrita a los divorcios contenciosos⁹.

En nuestro caso, agilizar y abaratar el divorcio, cuando es voluntario, sería incluso una exigencia constitucional, basada en la necesidad de que los Poderes Públicos (en nuestro caso, el

año si es judicial, o de 2 años si es de hecho), se requiere para todo posterior divorcio, sea causal o consensual, judicial o notarial.

⁸ Art. 9: “2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Art. 24: “2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (...) La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*”.

⁹ Así, a.e., comienza advirtiéndolo el Preámbulo del Decreto-Ley n. 154/1994 cubano, y de semejante modo lo justifican en sus respectivos Preámbulos la Resolución n. 35, de 2007, de Brasil, y el Decreto-Ley n. 272/2001 portugués.

legislativo haciendo la pertinente reforma) remuevan los obstáculos en pro de la libertad (art. 9.2 CE, en nuestro caso, de la libertad a divorciarse, o descasarse), y de que los procesos públicos se ventilen sin dilaciones innecesarias (ex art. 24.2 CE, que, no obstante referirse a la efectividad en la tutela judicial, puede extenderse en su *ratio* a cualquier mecanismo heterocompositivo, como sucede, *a.e.*, con el arbitraje a pesar de ser una justicia privada, aunque no sustitutiva, sino alternativa a la judicial, fundada en la libertad de elección, ex arts. 1.1 y 17.1 CE, que también es deber de los Poderes públicos promover, ex art. 9.2 CE).

Por supuesto, tanto en la ley-1981, como en la ley-2005, nuestro legislador ha respondido a tales exigencias cuando trataba del divorcio consensual: en la primera regulando un procedimiento especial en su Disposición Adicional 6ª; que sería trasladado, con ciertas reformas, a inicios del presente siglo al art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)¹⁰, al que alguna reforma, no obstante intrascendente a estos efectos, hará la Ley-2005. Luego, en 2009, vendría dicha norma a ser reformada en la misma dirección al introducirse, en su ap. 3, la ayuda del Secretario Judicial, en suplencia del juez, en la sustanciación de dicho procedimiento.

Pero parece que tal singularidad del procedimiento no ha satisfecho el objetivo de lograr la economía procesal, que no llegó a realizar la Ley-2005, a pesar de ser bautizada como la ley del divorcio “expres”. Baste, como dato significativo, que cuando se gesta aquella Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, un senador que participó en su tramitación parlamentaria, el Sr. Ruíz Risueño, consideraba, en su defensa, que tales pleitos se sustanciarían en 3 ó 4 meses. Por entonces, tal aspiración era loable, plausible. El lograrlo era un reto. Pero hoy, transcurridos 30 años desde que se introdujo tal procedimiento, trasladada y reformada aquella norma en el actual art. 777 LEC, no se ha ganado en mayor rapidez. Según nota de prensa del INE (Instituto Nacional de Estadística), hecha en 2010, del total de divorcios y de separaciones (100.000 en aquel año), un 65% fue de mutuo acuerdo (frente a un 35 % contencioso), siendo la duración media de un procedimiento de divorcio, siempre judi-

¹⁰ Ambas normas será reproducidas luego, en lugar más oportuno.

cial, de entre 5 y 6 meses. La cuestión es, pues, obvia: ¿por qué hoy se ha de seguir esperando como hace ya tiempo en la sustanciación de un divorcio, o de una separación, cuando hay acuerdo entre los cónyuges? ¿No cabría sustanciar más ágilmente aquel divorcio amistoso ante otra autoridad, diversa de la estrictamente judicial? ¿Para qué, en el fondo, un procedimiento judicial? Por muy veloz que se quiera, no hay un juicio que pueda ventilarse por menos tiempo sin quebranto de las exigencias de legalidad y, sobre todo, de seguridad.

Añádase a ello que cuando se introduce aquel procedimiento en 1981, el divorcio de por aquel entonces es muy diferente del actual: en aquél, fuertemente causalizado, había que acreditar ante el juez el transcurso de los plazos de tiempo de matrimonio transcurrido, desde su celebración (que debía de ser, al menos, un año), y del cese efectivo (de separación previa), a fin de poder alcanzar, finalmente, el divorcio. Hoy, en cambio, para el divorcio consensual, basta con acreditar que han transcurrido tres meses desde las nupcias (arts. 81 y 86 CC¹¹), y nada más. Como es sabido, la Ley-2005, en lo que ha logrado agilizar el divorcio voluntario, no requiere de previa separación para divorciarse y tampoco requiere acreditar la causa del divorcio. ¿Por qué, entonces, tener hoy que seguir esperando meses una vez deseado el divorcio? Del mismo modo que no hay excesivo obstáculo en lo procedimental para casarse (apenas el de la compro-

¹¹ Art. 81: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. (...) 2º A petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de ese plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. (...) A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”. Art. 86: “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.

bación de capacidad y consentimiento, cfr., arts. 56 y 58 CC), ¿por qué ha de haberlo en su *contratrius actus*, como es hoy el divorcio voluntario?

Ni siquiera es una excusa, a fin de alcanzar la descongestión, la existencia de jueces especializados, como son en España los Juzgados de familia. Ya fueron creados hace 30 años, mediante RD 317/1981, de forma coetánea a la Ley-1981, y en todo este tiempo no han logrado abreviar, por ser materialmente imposible, los divorcios por mutuo acuerdo. Como, por lo demás, también ha sucedido en aquellos países, como Méjico, Colombia, o Portugal, donde la existencia de tribunales especializados en Derecho de familia no ha impedido la desjudicialización del divorcio amistoso¹².

Bien puede, pues, ser el notario el encargado de asegurar tales exigencias de economía y descongestión. Célebre entre los notarios españoles es ya aquella frase de don Joaquín Costa: "A notaría abierta, juzgado cerrado"¹³.

No en vano, su labor práctica en materia de crisis matrimoniales es ya un hecho: por un lado, no empieza a ser extraña su intervención en las propias capitulaciones matrimoniales donde de antemano, antes de casarse, se pacta ya un convenio regulador para el caso de posible crisis matrimonial (cuya validez, muy dudosa desde luego, no vamos a tratar aquí); por otro lado, tampoco son extraños los supuestos en que se escrituran separaciones, que al no ser estrictamente judiciales, la ley estima como separaciones fácticas o de hecho (que el CC español admite). Y, en lo que importa, en ellas el notario asegura una rapi-

¹² En Méjico ya existían tales tribunales en 1932, cuando se introduce el divorcio ante el Encargado del Registro Civil. En Colombia, por su parte, existen los llamados "tribunales de familia o promiscuos de familia"; y aún así, la ley del divorcio notarial se dictó "en aras de descongestionar los despachos judiciales". Por último, en Portugal, también son numerosos desde hace un tiempo los Tribunales de familia (habiendo, en total, 16, situados en las principales ciudades).

¹³ Más "*in extenso*", decía: "El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, Juzgado cerrado" (COSTA MARTINEZ: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración del Justicia*, en sus Obras completas, XIII, Madrid, 1917, p. 205).

dez, una facilidad e incluso un ahorro económico frente a lo que supondría sustanciar una separación acordada ante el juez. Por eso, permitir directamente el divorcio (consensual) ante notario probablemente acabaría con dicha práctica.

No es, desde luego, gratuita la intervención del notario; en ello va su ciencia y dedicación profesional. Pero comparados los costes notariales con los posibles procesales no hay encarecimiento en la propuesta. En los propios países que admiten el divorcio notarial, el coste de sus aranceles, por su comedimiento, no ha sido un obstáculo para su recurso en la práctica¹⁴.

Por supuesto, siendo la razón de economía y descongestión del aparato judicial la que – por ahora – justifica nuestra propuesta, también podría tramitarse el divorcio amistoso ante el Encargado del Registro Civil, máxime cuando ya hoy, *de lege lata*, sobre él también recae la autoridad para contraer matrimonio.

Ahora bien, por esa misma razón, ¿por qué no admitir también el divorcio arbitral, como algunos proponen abiertamente, o, más allá aún, un divorcio transigido, aunque sea judicialmente, como alguno ha llegado a insinuar¹⁵?

IV. *La conformidad del divorcio notarial, y del administrativo, con la exigencia de un control heterocompositivo de legalidad y seguridad jurídica (de formalidad y publicidad), ex arts. 9.3 y 10.1 CE*¹⁶. *Ley, estado civil, y orden público: la imposibilidad de*

¹⁴ Por ejemplo, en Colombia el notario cobra lo mismo que por una actuación sin cuantía; en Ecuador, se impone el arancel básico unificado (de 170 dólares); y en Brasil, incluso puede ser gratuita el acta notarial para los pobres (que allí son estadísticamente numerosos). Por nuestra parte, no nos atreveríamos a tanto, ni siquiera a concretar en un trabajo de esta índole el arancel más adecuado. Quede este “detalle” para nuestro legislador, si gusta de introducir esta reforma que proponemos.

¹⁵ Con tal fundamento, MARFIL GOMEZ (“El arbitraje en el Derecho de familia en España: un reto de futuro”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2010, pp. 25-34), insinúa el nombramiento judicial del árbitro (al amparo del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje); pero claramente lo defiende IBOLEON SALMERON (“Arbitraje y divorcio”, en *La Ley*, 2007, pp. 1602-1615).

¹⁶ Art. 9: “3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la

un divorcio transigido o arbitrado. – Sin dilación hay que responder negativamente (a la pregunta planteada al final del epígrafe anterior), acerca de un posible divorcio resuelto mediante transacción o declarado mediante laudo arbitral. Ni la transacción, ni el arbitraje encajan en la hipótesis particular que nos ocupa, la del divorcio por mutuo acuerdo, por una razón evidente: sobre todo el arbitraje, pero también la transacción, presuponen una contradicción de intereses, un litigio, que se contradice con la idea de acuerdo que de antemano subyace en aquel divorcio para resolver – eso sí – una crisis matrimonial. En el arbitraje el árbitro cumple una función paralela a la judicial: la de resolver un pleito, un conflicto, en que hay auténticas partes, cada una con sus pretensiones y razones, al que aquél pone fin imponiendo su solución, a favor sólo de una de las partes, mediante un laudo (equivalente a la sentencia), que se dicta ajustado a Derecho o a su sentido de equidad (según el tipo de arbitraje de que se trate). En la transacción, por su parte, aunque sea ésta alcanzada por las propias partes (como remedio autocompositivo), subyace también una controversia, que en su concepción legal (ex art. 1809 CC) y en su incertidumbre inicial, no admite semejanza con la controversia que – también lo es – se resuelve en el convenio regulador, que, además, ni se limita a evitar un pleito, ni a solucionar cuestiones sólo de presente, sino también de futuro.

Pero más allá de tales diferencias, hay una mayor, fundamental, que también impide admitir el arbitraje y la transacción para resolver cualquier crisis matrimonial, aunque se tratara de un divorcio contencioso: que el convenio regulador, en su contenido, no se limita a las cuestiones patrimoniales que se derivan de la crisis matrimonial (como son la liquidación del régimen económico, la pensión compensatoria, o la de alimentos, la atribución de la vivienda familiar, ...). El divorcio, como su contrario (el matrimonio), afecta al estado civil de las personas

seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Art. 10.1: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

(que de casadas pasan a estar divorciadas); implica, por tanto, una cuestión de interés social, de orden público, indisponible privadamente, ya sea mediante la transacción o a través de arbitraje (cfr., arts. 1814 CC y 2 de la Ley Arbitral-2003¹⁷). De ahí el necesario control público y externo a que siempre ha de quedar sujeto el convenio regulador, sea consensual o sea propuesto por uno sólo de los cónyuges. Porque en él están en juego el estado civil de los esposos, y, en caso de haberlos, el interés superior de los hijos. Esto explica que no quepa admitir un divorcio privado, en el que baste el consenso (la *desaffectio maritalis*), como tampoco es bastante el consentimiento (la *affectio maritalis*) para que haya matrimonio. Por eso mismo, en el art. 89 CC¹⁸, más allá de que en él quede prohibido cualquier divorcio puramente convencional, o absolutamente privado, solo declarado por los esposos interesados, se exige la intervención de un tercero, no bastando al respecto que se trate de un divorcio heterocompositivo, sino de que quien, estando ajeno a la crisis matrimonial, declare el divorcio sea una autoridad pública (en particular, que sea judicial, según exige tal norma); se exige, en fin, para el divorcio un control público, por parte del Estado, como también lo hay para celebrar el matrimonio. No cabe, por tanto, ni que los propios cónyuges declaren su divorcio, ni tampoco basta con que lo haga un árbitro, legitimado en su actuación por las partes, pero no por el Estado. Porque, de nuevo es necesario recordarlo, con el divorcio no se trata de resolver simplemente un contrato, aunque sea por mutuo disenso, sino de disolver un matrimonio, algo, que a diferencia de cualquier contrato, resulta

¹⁷ Art. 1814: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”. Art. 2 Ley de Arbitraje: “1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. (...) 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

¹⁸ Artículo 89: “La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil”.

de interés social o general. De nuevo, pues, es el orden público el que impide en esta sede cualquier mecanismo privado, sea auto o heterocompositivo. Por la misma razón, de orden público, que el matrimonio es acto consensual y solemne, ha de serlo también su antónimo: el divorcio por mutuo acuerdo.

Al respecto, que el juez encargado del Registro Civil, sea autoridad pública suficiente para declarar un divorcio consensual resulta incuestionable, máxime si para el acto matrimonial ya es hoy autoridad pública competente (cfr., arts. 49 y ss. CC).

Aunque carente, hoy, de tal competencia para el himeneo, que el notario sea autoridad pública bastante en este sentido, tampoco es objetable. Sin necesidad de penetrar ahora en su auténtica posición dentro del aparato público, nadie duda del control de legalidad y de seguridad jurídica que, a modo de justicia preventiva o cautelar alternativa (no sustitutiva) a la judicial, cumple la notaría como función pública – aunque sea – desempeñada privadamente (cfr., arts. 1 de la Ley y del Reglamento notariales). A ello se une que la escritura notarial es título ejecutivo (art. 517 LEC), legitimador de derechos y probatorio (ex arts. 319 LEC, 1218 CC y 17 *bis* de la Ley Notarial): *inter partes* la escritura constituye prueba de su contenido, *erga omnes* de su existencia y fecha, y en general de su presunta legalidad – lo que no impide su impugnación –, de la suficiencia en capacidad y legitimación y de la libertad de consentimiento en los intervinientes; asimismo, la escritura notarial, al ser documento público, goza de acceso directo a los registros públicos, como el de Propiedad y el Civil (lo que ya es hoy una realidad, cfr., arts. 3 LH, 8 C.Com, 1333 CC, ...) ¹⁹, mostrándose así conforme a lo que exige el art. 89 CC *in fine*, en materia de divorcio, si se quiere que éste sea plenamente eficaz, frente a cualquier tercero ²⁰.

¹⁹ Suele ser tema debatido, aunque menor, el de si la inscripción de la escritura (o del acta del encargado) en el Registro debe hacerse de oficio o a instancia de parte. Aun con opinión propia al respecto, creemos que ante todo debe regir la homogeneidad de criterio, para referirlo tanto a la celebración del matrimonio como a su disolución por divorcio (cfr., arts. 61 y 89 CC, entre otros).

²⁰ Esta es, precisamente, una de las razones en que el Decreto-Ley n. 154/1994 cubano, en su Preámbulo, fundamenta el divorcio notarial.

No en vano, en materia matrimonial, ya interviene el notario con una importante función de control de legalidad y de seguridad jurídica (habilitando la publicidad para los terceros), como sucede, a.e., con las capitulaciones, cuya consignación en escritura pública es obligada por ley (ex art. 1327 CC), y cuya licitud, en su contenido, queda al criterio del notario (art. 1328 CC), permitiendo que, de ser conforme a Derecho, tal documento público sea título suficiente registrable, para que así su contenido sea cognoscible y oponible *erga omnes* (cfr., arts. 1332 y 1333 CC).

V. *Alcance de la homologación en el divorcio convencional, o del alcance de la jurisdicción voluntaria en sede de crisis matrimonial ex arts. 24 y 117.3 y 4 CE*²¹. *La necesaria alternativa entre ambas vías: judicial y notarial.* – Al no haber litigio – en sentido estricto – cuando se trata del divorcio amistoso, averiguar cuál es el alcance del control de legalidad que ha de desempeñar la autoridad pública en tales divorcios constituye *punctum dolens* para determinar la verdadera función y competencia que dicha autoridad ha de realizar y poseer.

En el divorcio notarial cubano, como en los demás sistemas que acogen un divorcio consensual desjudicializado (sea notarial o “administrativo”), hay siempre un control de homologación: el notario, o el conservador del Registro civil, controla

²¹ Art. 24: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (...) 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (...) La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Art. 117: “... 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. (...) 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

el contenido del convenio de los esposos, de modo que, según sea o no dicho acuerdo conforme a la legalidad y a los intereses de los propios cónyuges y, sobre todo, de los hijos, concederá o denegará, en su caso, el divorcio, aunque sin decidir, sin fijar sus efectos, pues no había contienda que resolver, sino sólo un convenio que legitimar. A lo más, podrá el notario asesorar (como, por lo demás, es función propia suya); pero no podrá forzar ni suplir, ni corregir la voluntad de los cónyuges si ellos no lo quieren. Por eso, en caso de discrepancia entre lo pactado y la decisión de la autoridad, o, especialmente, si la autoridad considera que la propuesta de convenio es ilícita o perjudicial para el interés superior de los hijos, y, aún así, los cónyuges no corrigen tal defecto, no lo hará por ellos la autoridad competente, imponiendo ella misma tal necesaria corrección, sino que se limitará a denegar el divorcio, quedando expedita la vía judicial²².

Se trataría, pues, de un mero control de homologación como, entre nosotros, se exige a los matrimonios canónicos, a fin de conferirles – generosamente – eficacia civil, tanto a su celebración, como a su anulación (cfr., arts. 60, 63 y 80 de nuestro CC). No por casualidad, sabido es que para homologar civilmente una sentencia canónica de nulidad se aplica el *exequatur* del art. 954 LEC-1881 (aún vigente). A idéntico mecanismo ha recurrido en no pocas ocasiones nuestro Tribunal Superior para homologar – y reconocer así efectos en España a – los divorcios notariales cubanos (los únicos aquí destacables de reseña²³). Ahora bien, si en tales ocasiones queda claramente advertida la labor homologatoria del notario en los divorcios por mutuo acuerdo, también queda dicho que en tal desempeño “la

²² Cfr., a.e., los arts. 1, 8 y 11 del código cubano; en Colombia los arts. 34 Ley n. 962/2005 y 3 de su Decreto n. 4436/2005; y, en Portugal, sobre todo el nuevo art. 1776-A de su Código Civil, y el art. 14 del D-Ley n. 272/2001, tras su reforma habida por la ley n. 61/2008, de 31 octubre.

²³ Entre otras muchas, lo advertía el Auto del TS de 20 enero 1998, en su Fundamento de Derecho 5º, y repitiéndolo, hasta la saciedad, reproduciendo tal razonamiento, los autos del TS de 16 y 23 julio 1996, 12 mayo y 7 julio, ambos de 1998, de 23 febrero y 5 octubre, las dos de 1999, de 15 febrero 2000, de 3 junio y 31 julio de 2003, y seguramente tantas otras más aquí omitidas.

intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias”; ¿acaso son ya funciones jurisdiccionales, más propias del aparato judicial?

En efecto, podría tildarse aquella función de jurisdiccional. Lo hace el propio Preámbulo del Decreto-Ley n. 154/1994, del divorcio notarial cubano, y hace poco también el Decreto-Ley n. 272/2001 portugués, pero para ubicarla ambos dentro de la jurisdicción voluntaria, no de la contenciosa, que ya antes de aquella norma y para otras materias había sido conferida a la notaría. *Mutatis mutandis*, lo mismo podría decirse de nuestro Derecho, con la gran diferencia de que en el nuestro aún está pendiente la gesta-ción de una Ley general sobre jurisdicción voluntaria, después de los varios intentos abortados habidos en cumplimiento – con bastante retraso ya – del mandato contenido en la Disposición Final 18ª LEC-2000. No sería, pues, un mal comienzo hacerlo en la materia que aquí proponemos *de lege ferenda*, cuando, además, siempre el divorcio amistoso ha estado configurado, en el fondo, como jurisdicción voluntaria: tanto antes, con la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, como ahora, con el art. 777 LEC, el divorcio consensual se sustancia a través de un acto de jurisdicción voluntaria, no contenciosa²⁴: en lo for-

²⁴ Ahora sí es el momento de reproducir, al menos, el art. 777 LEC: “1. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo. (...) 2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo. (...) 3. Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el art. 770. Contra esta resolución del Secretario judicial podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal. (...) 4. Ratificada por ambos cónyuges la

mal, expresiones como “petición”, “escrito” o “solicitud”, en lugar de demanda, o como “procedimiento”, en lugar de proceso, el hecho mismo de que en ningún hito del mismo se pretenda – con acierto – la reconciliación²⁵, o la posibilidad de que intervinieran un solo abogado y procurador en defensa y representación de ambos cónyuges, revelan que, en el fondo, aunque cada cónyuge tenga sus propios intereses (en conflicto, cierta-

solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador. (...) 5. Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días. (...) 6. Cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador. (...) 7. Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente. (...) 8. La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio. (...) La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal. (...) 9. La modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se estará a lo dispuesto en el art. 775”.

²⁵ Curiosamente, en cambio el Derecho portugués exige en el Encargado del Registro civil que realice algún intento de reconciliación.

mente), no hay contradicción en sentido estricto, en cuanto contienda, u oposición, ni, en una palabra *litis* (cfr., art. 1817 LEC-1881), que justifique la intervención del juez en su genuina – que no única – función jurisdiccional de juzgar, de aplicar la norma para resolver un pleito en que las partes, demandante y demandado, defienden su posición una frente a la otra y que el juez solventa a favor de una de ellas. Aquí no hay partes, sino solicitantes que, en la divergencia de sus intereses, han llegado previamente a un acuerdo, a un convenio regulador.

Acorde con ello, la labor del juez es de simple control, de mera homologación en su caso. A la vista de lo que establecía antes la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, y establece hoy el art. 777 LEC, el juez se limita a controlar la legalidad del acuerdo, especialmente, que éste no sea perjudicial para los hijos habidos del matrimonio (decía solamente el ap. 6 de aquella disposición adicional 6ª), ni que lo sea gravemente para alguno de los cónyuges (ex art. 90.2 CC). Conforme a tales parámetros, el juez se limitará a aprobar o a rechazar la petición de divorcio y, en su caso, a aprobar o a rechazar, en todo o en parte, el convenio regulador, sin que su potestad alcance a corregirlo ni a suplir en él sus carencias (cfr., aps. 4 *in fine* y 6, del art. 777 LEC); a lo más podrá el juez sugerir, que no imponer, a los cónyuges las enmiendas y adiciones que, conforme a los intereses de las partes (cónyuges e hijos), considere oportunas para que los propios cónyuges las subsanen en una nueva propuesta de acuerdo (cfr., aps. 7 y 8 del art. 777 LEC). Sólo cuando se trate de un divorcio contencioso, el juez podrá decidir por sí mismo, en defecto de acuerdo o en lugar de lo acordado cuando éste sea atentatorio contra los intereses en lid (como así se prevé en muchas de las normas del CC; cfr., sus arts. 91 y ss.).

Más aún, desde la ley-1981 hasta la actual ley-2005, el divorcio ha cambiado tanto que la función homologatoria se ha visto reajustada, aún más circunscrita o limitada: antes, con la

²⁶ Que se recoge en un texto (probablemente interpolado y glosado) de las Instituciones de MARCIANO, que se toma en el Digesto (1.16.2, pr. 1): “*Omnes procónsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem: sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri*”.

ley-1981, al estar el divorcio fuertemente causalizado, aunque hubiera acuerdo previo entre los cónyuges había que acreditar ante el juez el tiempo de matrimonio transcurrido, desde su celebración (que había de ser, como mínimo, de un año), y el del cese efectivo de la convivencia (de separación previa), a fin de poder alcanzar, finalmente, la sentencia de divorcio. Hoy, en cambio, para el divorcio consensual, basta con acreditar que han transcurrido tres meses desde las nupcias (cfr., de nuevo, los arts. 81 y 86 CC), nada más. Como es sabido, la Ley-2005, en lo que ha logrado agilizar el divorcio voluntario, no requiere de previa separación para el divorcio y tampoco requiere acreditar la causa del mismo. Basta con la voluntad de divorciarse, como expresión suficiente de la *desaffectio maritalis*. Porque cabe que cualquiera de los cónyuges pida por sí solo al juez directamente el divorcio, sin tener que alegar causa o razón alguna y sin que el otro pueda oponerse.

¿Para qué, entonces, un procedimiento judicial en que sustanciar un acto de jurisdicción voluntaria meramente homologatorio de la voluntad – y no perjuicio – de los intervinientes? Pues, ¿acaso no recuerda el poder que ostenta el juez español en el divorcio voluntario al del notario cubano, o al del conservador del Registro civil portugués, en idénticos supuestos de divorcio amistoso catalogados como actos de jurisdicción voluntaria? ¿Por qué no, entonces, admitir que también el notariado español, o el juez encargado del Registro civil español, puedan tramitar tales divorcios? No en vano, si bien la jurisdicción voluntaria fue en Roma ejercida sobre todo por los Magistrados²⁶, también lo sería, ya en época postclásica, por determinados funcionarios públicos, y por los *tabeliones* (que de ser taquígrafos, pasaron a ayudar a los tribunales, como los actuales secretarios judiciales), que constituyen como es sabido el precedente romano más inmediato de los actuales notarios. De hecho, la noción de *iurisdictio voluntaria* pasó desde la Compilación justiniana a los textos medievales, utilizándose esta expresión en los inicios del Medievo, para designar la competencia del magistrado auxiliado por el notario, para conocer determinadas actuaciones (entre las que, desde luego, no estaba la del divorcio); así hasta que se pasó a llamar jurisdicción voluntaria a la realizada tanto por jueces, como por notarios. Y si hoy el art. 1811 LEC-1881 (aún vigente, con

otros que regulan en general la jurisdicción voluntaria), refiere tal función sólo a los jueces lo hace por razones históricas, producidas ya en tiempos de Justiniano, en que se mezclan jurisdicción y administración, siendo ambas encomendadas a los jueces, pasando tal situación al Medievo, incluidas nuestras Partidas, y así por los siglos de los siglos hasta hoy²⁷.

¿O tal vez sea así porque hoy la jurisdicción voluntaria, en que se imbuiría el divorcio consensual, ha de ser exclusivamente judicial por aplicación del art. 117 CE? Entra, así, en juego el modo de interpretar los aps. 3 y 4 de dicha norma constitucional²⁸, y con ello, la propia constitucionalidad de nuestra propuesta de reforma legislativa favorable al divorcio notarial²⁹.

²⁷ Téngase, además, en cuenta que en España cuando se promulga la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, aún no hay Código civil (hasta 1889), rigiendo por entonces las Partidas de Alfonso X El Sabio, y que tal legislación procedimental civil se apoya, al regular la jurisdicción voluntaria, en la Ley de 1855, cuando aún no se había promulgado la Ley Notarial, de 1862, ni la primera Ley Hipotecaria española, de 1861.

²⁸ Art. 117: "... 3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. (...) 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*".

²⁹ Es, como se ve, una cuestión clave, tanto que las dudas y discrepancias habidas al respecto hicieron que en Cuba el divorcio notarial no fuese realidad en su primera previsión legislativa, hecha con la Ley notarial de 17/12/1937, ante su discutida compatibilidad con los arts. 170 y 197 de su Constitución de entonces, de 1940. A su vista, que la Ley Notarial de 17/12/1937 atribuyera (en su art. IV, inciso q]) al notario el divorcio por mutuo acuerdo fue motivo de disputa, acerca de si tal función era o no propia y exclusiva de jueces y si, por tanto, aquella ley era o no constitucional: no lo era en opinión de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5/12/1940, pues la Constitución se refería a la labor de "juzgar", no a la función judicial en toda su extensión, entendiendo que juzgar significa dirimir contiendas, lo que no sucede en aquel divorcio; en cambio, según la Resolución hipotecaria de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo cubano n. 9 de 16/6/1947, aquella ley era inconstitucional porque la función judicial en general, expresada en la Constitución, es exclusiva de los jueces. No hubo, sin embargo, pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y los notarios decidieron no practicar ningún divorcio, más que por convicción, por

Desde su difusión por Belloch³⁰ con apoyo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 noviembre 1983 (sobre homologación, precisamente, de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado), que en parte reitera la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 mayo 2002 (sobre adopción y acogimiento de menores), hay que entender que el art. 117 CE: en su ap. 3 se refiere a la función jurisdiccional por antonomasia: la contenciosa (la de “juzgar y hacer cumplir lo juzgado” que dice tal apartado), para conferirla “exclusivamente” a los jueces, conforme a la división de Poderes y a la exigencia de tutela judicial efectiva (del art. 24 CE). En cambio, en su ap. 4, el art. 117 CE se refiere a otras funciones judiciales posibles, pero no estrictamente jurisdiccionales (que son las del ap. 3), pudiendo por ello el legislador ordinario atribuirles – no de forma exclusiva necesariamente – a los jueces; de modo que la judicialización o desjudicialización de toda o de parte de la jurisdicción voluntaria sería una cuestión que no decide la propia Constitución, al delegar tal decisión en el legislador, quien por ello, según el alcance de la materia, podrá conferirla, efectivamente, a los jueces, o a otras autoridades públicas (como pudieran ser notarios, registradores, secretarios judiciales, cónsules, alcaldes, ...). En ningún caso tal opción vulneraría la tutela judicial efectiva (del art. 24.1 CE), siempre que se permitiera la oposición, por vía judicial contenciosa ya, frente al acto de jurisdicción voluntario emanado de una autoridad diversa de la judicial.

Delegada, pues, la decisión en el legislador, ya es cuestión de conveniencia, de política legislativa, delimitar la materia de jurisdicción voluntaria atribuible a los jueces o a otras autoridades. Por supuesto, menos traumático para nuestro Derecho, por

respeto al Tribunal Supremo. Hoy, sin embargo, como proclama el preámbulo del Decreto-Ley n. 154/1994, que lo regula, el fundamento constitucional del divorcio notarial está fuera de toda duda al ser calificado como un acto de jurisdicción voluntaria, no de la contenciosa, que, por tanto, no ha de estar necesaria ni exclusivamente atribuido al poder judicial.

³⁰ En sus “Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria”, en RJN, 1992-I, pp. 9-42. En contra, FERNÁNDEZ DE BUJÁN (en su monografía sobre jurisdicción voluntaria), apoyado en una afirmación que – en *obiter dictum* – hace una – sólo – sentencia del Tribunal Supremo – no del Constitucional – de 22 mayo 2000.

requerir de una menor reforma, sería, en esa desjudicialización, admitir que la competencia en la declaración de divorcio consensuado corresponde al Encargado del Registro Civil. No en sí por su carácter judicial, cuya continuidad o administrativización está hoy por ver, máxime cuando en estos quehaceres no desempeña aquél la genuina función judicial de dirimir contiendas juzgando y haciendo cumplir lo juzgado. Sino porque, de entre esos otros quehaceres que ya hoy aquél asume como autoridad competente, se encuentra la contraria al divorcio por mutuo acuerdo: el matrimonio (cfr., arts. 49 y ss. CC). ¿Por qué no, entonces, hacerle también competente para declarar el divorcio consensual? Si es competente para controlar la entrada al matrimonio, ¿por qué no hacerlo igualmente competente para controlar la salida del mismo? Esa es, precisamente, la razón por la que en Perú también se confiere competencia para declarar tales divorcios a los Alcaldes; por estar autorizados también a formalizar matrimonios; aunque cometiendo el error de presumirles juristas, y con el vano intento de corregirlo imponiendo el asesoramiento del abogado municipal³¹.

En cambio, proponer el divorcio notarial cuando hay voluntad de los propios cónyuges, si bien no choca con ninguna exigencia constitucional de que la autoridad en tal caso deba de ser judicial, sí encuentra el escollo de que actualmente el notario, a diferencia del juez encargado del Registro civil, no es funcionario competente para celebrar matrimonios civiles. Pero tal inconveniente sería fácilmente superable si, en la propuesta *de lege ferenda* que hacemos, se añade la – insignificante – reforma de también conferirle tal competencia, como de hecho ocurre en Cuba y en otros países, como Brasil, que admiten el divorcio ante notario, y ante el juez, pues también ante ambas autoridades (notarial y judicial) se formalizan los matrimonios (cfr., art. 7 del Código de familia cubano³²)³³. Al fin y al cabo, en su celebración, la autoridad pública ha de controlar la sufi-

³¹ Todo lo cual es muy criticado en el país.

³² En Cuba la autoridad judicial, si bien no está facultada para conocer del matrimonio; solo lo reconoce judicialmente, pero no lo formaliza.

³³ Así lo proponen CAMPO GUERRI (p. 444); GOMEZ-FERRER SAPIÑA (pp. 154-157); DE LA PRADA GONZALEZ (p. 1632); y CARRION GARCIA DE PRADA (p. 70 ss. y 90 ss.).

ciencia de capacidad y la libertad en el consentimiento de los contrayentes, que documenta en su expediente para su inscripción en el Registro Civil (cfr., arts. 56, 58, y 62 CC). Y para tales menesteres el notario está, sin duda, profesionalmente cualificado al cumplir con aquel control una de sus funciones más genuinas. No en vano, también ejerce tal función, en sede de familia, cuando se trata de capitulaciones matrimoniales (cfr., arts. 1327, 1329 y 1330 CC). Baste, pues, como reforma legal incluirle en el listado de autoridades que son competentes para celebrar civilmente matrimonios (art. 51 y ss. CC)

En lo demás, en absoluto parece haber razones que impidan que la notaría pueda desempeñar actos de jurisdicción voluntaria: como es sabido, la función notarial cumple, como la jurisdicción voluntaria y a diferencia de la contenciosa, un papel de justicia cautelar o preventiva, en evitación de litigios; al notario acuden las partes voluntariamente cuando han llegado ya a un acuerdo, o pretenden alcanzarlo – precisamente – con el asesoramiento del notario, no con una decisión por él impuesta (conforme al clásico aforismo “*respondere et cavere*”, o aconsejar y prevenir; cfr., arts. 1 y 147 del Reglamento Notarial español), sin que, por tanto, en el consenso obtenido haya vencedores ni vencidos (en cualquier caso, aunque sea más por razones de conveniencia política, parece oportuno que junto al asesoramiento notarial lo haya también – voluntariamente – de mediador y – obligatoriamente – de letrado o abogado, que incluso podría ser único para la defensa de ambos cónyuges al tratarse de un divorcio consensuado; cfr., el ap. 2 de los arts. 750 y 777 LEC³⁴); el nota-

En cambio, FERNÁNDEZ DE BUJÁN (en su monografía, 1ª parte, pp. 104, 217 y 218), sólo cree necesaria la intervención del notario para celebrar un matrimonio, pero no para el divorcio, ni para la separación, que debe ser siempre judicial, al menos en el caso de que haya hijos menores o incapacitados; no obstante, propone acreditar la reconciliación ante el juez (ex art. 84 CC), mediante acta notarial.

³⁴ Hacemos tal aclaración, o concesión más bien, con el deseo de que nuestra propuesta, de admitirse por convincente, no sea rechazada, finalmente, por razones más políticas que jurídicas, como sería la oposición de la abogacía española de verse privada de su intervención en este tipo de divorcio, cuando en sentido estricto sus servicios para estos casos bien pudieran ser sólo voluntarios (para el asesoramiento, más que para la defensa de los cón-

rio, como autoridad pública que actúa por delegación del Estado (como los jueces), aunque carente de *imperium*, goza de *auctoritas*, suficiente hoy, a diferencia de los tiempos de Roma, para el desempeño de actos de jurisdicción voluntaria; es, asimismo, autoridad imparcial e independiente; en particular, aplicada su función en materia de divorcio consensual, su actuación, reflejada necesariamente en escritura pública (al no parecernos bastante el acta³⁵): por un lado, serviría para homologar el convenio regulador, en caso de ser favorable a su legalidad y

yuges, que, por supuesto, tiene mayor importancia en el caso de divorcio ante el encargado del registro, que ante notario, ante la función asesora que también éste asume). Ha sido, no en vano, esa razón más política, de presión política a veces (dada la fuerza de los Colegios de Abogados), la que ha motivado prácticamente en todos los sistemas divorcistas extrajudiciales la imposición, como preceptiva, de la intervención de abogado (e incluso de procurador) en los divorcios consensuales (con la salvedad de Cuba). Y ha sido aquella misma la razón, entre otras, que ha provocado entre nosotros el aborto de los diversos intentos de legislar con alcance general la jurisdicción voluntaria, por prescindirse en todos esos proyectos de la intervención de letrado como obligatoria. De atender, en cambio, a razones estrictamente jurídicas, no parece haberlas para defender como necesaria la intervención de abogado: ¿acaso ha de serla en el acto de celebración del matrimonio? ¿Por qué ha de serla, entonces, en su *contrarius actus*: el divorcio consensual? Ni siquiera pueden alegarse a favor de la intervención de letrado posibles motivaciones asesoras en cuestiones jurídicas más técnicas; ¿o acaso es preceptiva la intervención de abogado en la elaboración de capitulaciones matrimoniales? Para ello bastará con la intervención notarial, ¿por qué no así también en el caso de un convenio regulador consensuado (incluso por el solo e imparcial notario)?

³⁵ Ya en la gestación del divorcio en Cuba, en 1994, se discutió si el divorcio se debía reflejar en escritura o en acta notarial (entre nosotros, DE LA PRADA GONZALEZ, p. 1639, tiene sus dudas); de hecho, basta con el acta en Ecuador y Perú (también en Méjico, aunque recuérdese que se trata de un acta que expide el Encargado del Registro Civil). Por nuestra parte, creemos en la oportunidad de la escritura, pues en el divorcio por mutuo acuerdo no se trata simplemente de dar fe de un hecho, sino de homologar unas declaraciones de voluntad convergentes que implican un cambio de estado civil con consecuencias personales y económicas con trascendencia para terceros. No por casualidad, en el anterior divorcio soviético, donde no había control de fondo del acuerdo de los cónyuges, el Código simplemente exigía al encargado del – denominado – Registro de actos de ciudadanía levantar acta y dejar constancia del mismo en aquel Registro (arts. 21 y 22); permitiéndose, asimismo, que tal acuerdo fuese ejecutivo mediante acta notarial (art. 23).

a los intereses afectados, y, por otro, sería título constitutivo del divorcio, conforme exige hoy el art. 89 CC (pues no sería, desde luego, la primera vez que una escritura notarial presenta naturaleza constitutiva, no meramente declarativa; cfr., arts. 633, 1327, 1628, 1667, 1875 ... CC). A ello se une, como se advirtió antes (en el epígrafe anterior), que la escritura notarial es título ejecutivo (art. 517 LEC), legitimador de derechos y probatorio (ex arts. 319 LEC, 1218 CC y 17 *bis* de la Ley Notarial), y que, al ser documento público, goza de acceso directo a los registros públicos, como el de Propiedad y el Civil (lo que ya es hoy una realidad, cfr., arts. 3 LH, 8 C.Com, 1333 CC, ...), mostrándose así conforme a lo que exige el art. 89 CC *in fine*, en materia de divorcio, si se quiere que éste sea plenamente eficaz, frente a cualquier tercero.

Además, que la escritura pública notarial no produzca efecto de cosa juzgada, como sucede también en general con la jurisdicción voluntaria, no representa, para nuestra propuesta, ningún inconveniente. Al contrario, ello permite que la escritura sea atacable judicialmente, en un auténtico proceso de jurisdicción contenciosa, respetándose así la exigencia constitucional de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. De ahí que, en nuestra propuesta, no creamos acertado imponer legalmente la vía extrajudicial como exclusiva para tramitar el divorcio amistoso. Sí lo hacen, en cambio, Cuba y Portugal. Más aconsejable nos parece, sin embargo, no imponerla como única vía, impidiendo *a priori* la judicial, en cuyo caso, no obstante, los propios cónyuges habrán de sufragar los excesos de coste (en tiempo y dinero). De esta forma, no hay riesgo de entender que nuestra propuesta sea inconstitucional, por ser contraria a la exclusividad jurisdiccional que proclama el art. 117 CE. Antes bien, la opción inicial para los cónyuges de poder elegir entre ambas vías, notarial y judicial, amén de mostrarse respetuosa con tal exigencia constitucional, satisfaría otra, la de una tutela efectiva, la de un proceso público (notarial o judicial) sin dilaciones indebidas, como proclama el art. 24.2 CE. Y aun en el caso de que, ante la opción, los cónyuges optaran preferentemente por el divorcio notarial, nada impediría que la escritura resultante del mismo, aun siendo título ejecutivo (como lo es una sentencia), pudiera ser recurrida ante los tribunales, que-

dando, así, asegurada la tutela – estrictamente – judicial que proclama el art. 24 CE. Este sistema alternativo es ya seguido en algunos países como Colombia, Méjico, Brasil, o Perú.

Acorde con esa libertad de elección y con la libertad que, en general, sustenta el divorcio, nos atreveríamos incluso a proclamar, siguiendo también en ello a Cuba, Colombia (y hoy a Portugal³⁶), la libertad para la elección de notario (dentro de su distrito territorial, naturalmente; cfr., arts. 3 de la Ley y del Reglamento Notariales), frente a la competencia territorial que fundada en el domicilio de uno o de ambos cónyuges hoy establece la ley, sea para el divorcio judicial (cfr., art. 769.2 LEC) o incluso según algunos países para el notarial³⁷. Una vez más, así lo aconseja el paralelismo que debe haber entre matrimonio y divorcio consensual como actos antagónicos; de modo que si hay libertad para decidir el lugar donde casarse (art. 57.II CC), idéntica libertad debe haber para elegir el lugar donde descasarse.

VI. *La necesaria protección de los hijos, y la imprescindible intervención del Ministerio Fiscal, ex arts. 39 y 124.1 CE*³⁸. – Sin

³⁶ Así tras la reforma operada mediante Decreto-Ley n. 324/2007, de 28 septiembre, pues antes de ella era sólo competente el encargado del registro civil del lugar en que el matrimonio tuviera su residencia.

³⁷ Los demás, prácticamente, que determinan la competencia territorial del notario, bien según el lugar de formalización del matrimonio, bien según el último domicilio familiar (previo a la ruptura), que lo fuese de uno o de ambos cónyuges.

³⁸ Art. 39: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. (...) 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. (...) 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. (...) 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Art. 124: “1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, 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”.

duda el más delicado de los temas que en su práctica suscita el divorcio extrajudicial concierne al caso en que el matrimonio a divorciar tiene hijos menores, incapacitados o dependientes. La delicadeza lo demuestra la propia divergencia de criterios adoptados al respecto por los diversos sistemas de divorcio extrajudicial (notarial o administrativo), que suelen adoptar dos soluciones alternativas:

Una, adoptada en Perú, Ecuador, Brasil y México, es sólo admitir el divorcio extrajudicial en caso de que el matrimonio que se divorcia no tenga hijos que sean menores, que estén incapacitados o que dependan económicamente de sus padres; de modo que habiéndolos, sólo quepa el divorcio judicial, ante el juez, y con la intervención también del Ministerio Fiscal (o de su homónimo, aun con denominación diversa), que vele por los intereses de dichos hijos, así como declare en su caso disuelto el matrimonio y sus demás efectos personales (entre los cónyuges) y económicos³⁹.

En un punto intermedio se encontraba, hasta hace poco, el Derecho portugués, que en aquel caso (de existencia de hijos menores, ...), sin renunciar al posible divorcio declarado ante el Conservador del Registro Civil, exigía que los efectos relativos a los hijos (pensión alimenticia, guarda y custodia, visitas), debían quedar previamente sustanciados en un procedimiento judicial. Ya luego, una vez declarados judicialmente aquellos efectos, al Conservador del Registro Civil le quedaba declarar disuelto el matrimonio por divorcio y sus efectos interconyugales y patrimoniales⁴⁰. En su última reforma, sin embargo, habida por la ley n. 61/2008, de 31 octubre, Portugal ha venido a adoptar la solución colombiana, que para algunos mejora en este punto a la cubana. Esta otra solución, adoptada desde un principio en Cuba, Colombia, y finalmente en Portugal, consiste

³⁹ Es la solución que adopta la mayoría de países latinos que regulan el divorcio notarial (art. 4.a] de la ley en Perú, y el art. 5 de su Reglamento; art. 18, ap. 22] de la ley ecuatoriana; art. 3 de la de Brasil, reformadora del art. 1124.A] de su Código de Proceso Civil), y también es la solución adoptada en el divorcio "administrativo" mejicano (arts. 272 y 273 de su Código civil federal).

⁴⁰ Así, originariamente, en sus arts. 1773 de su Código civil, 272.1.b] de su Código de Registro Civil, y 1419.1.c] de su Código de Procedimiento civil.

en permitir la sustanciación del divorcio amistoso ante notario (o ante el encargado del Registro civil, en el caso portugués), sin necesidad de acudir previa o alternativamente a los tribunales, aun habiendo hijos menores o incapacitados. Para asegurar, no obstante, la protección de tales hijos, que son siempre la parte más débil en cualquier divorcio (aun en el amistoso), se exige la intervención del Ministerio Fiscal (“Defensor de Familia”, así llamado en Colombia, o Ministerio Público en expresión legal portuguesa). Su dictamen, al respecto, cuando proceda en aras del *bonum filii*, será vinculante para el notario (o para el Conservador del Registro Civil en Portugal), y para los propios cónyuges, que deberán adecuar su acuerdo a dicho dictamen en caso de haber discrepancia entre ambos; de lo contrario, siendo desfavorable el dictamen del M^o Fiscal y reacia la voluntad de los cónyuges a modificar su preacuerdo, no quedará más vía que la del divorcio ante el juez. Sólo proseguirá el divorcio ante notario (o ante el Encargado del Registro Civil, en Portugal), sin necesidad de acudir al juez, cuando el dictamen del Fiscal sea favorable al acuerdo propuesto por los cónyuges, o bien aun cuando no siendo favorable, los cónyuges adecuen su propuesta a las “sugerencias” del Ministerio Público⁴¹.

A la vista de este panorama normativo, ¿cuál sería la solución más acertada entre nosotros de admitirse, previamente, el

⁴¹ Cfr., en Cuba, los arts. 7, 8 y 11 de su Decreto-Ley n. 154/1994; en Colombia los arts. 34 Ley n. 962/2005 y 3 de su Decreto n. 4436/2005; y, en Portugal, sobre todo el nuevo art. 1776-A de su Código Civil, y el art. 14 del D-Ley n. 272/2001, tras su reforma habida por la ley n. 61/2008, de 31 octubre. Según tales normas, la fuerza vinculante de dicho dictamen del M^o Fiscal es común en los divorcios de Cuba, Colombia y, ya hoy, de Portugal. Difieren, sin embargo, en la decisión de cuándo es preceptivo dicho dictamen: en Cuba sólo lo es cuando presentada la propuesta de acuerdo de divorcio por los cónyuges el notario considere, o sospeche al menos, que el acuerdo es perjudicial para los intereses de los hijos (cfr. arts. 4 a 6 de su Decreto-Ley n. 154/1994). En cambio, en Colombia y actualmente en Portugal, el informe del Fiscal es siempre preceptivo, al margen del juicio que al notario o al Encargado del Registro Civil le merezca el pacto de los cónyuges en lo relativo a los hijos (cfr., en Colombia los arts. 34 Ley n. 962/2005 y 3 de su Decreto n. 4436/2005; y, en Portugal, sobre todo el nuevo art. 1776-A de su Código Civil, y el art. 14 del D-Ley n. 272/2001, tras su reforma habida por la ley n. 61/2008, de 31 octubre).

divorcio amistoso ante notario (o ante el encargado del Registro Civil)⁴²?

En nuestra opinión, sin duda, de admitirse también en aquel caso el divorcio extrajudicial, debe haber una protección especial, a favor de los hijos, máxime si también la hay, siendo generalmente judicial, en la vida familiar normal, cuando ni siquiera hay crisis matrimonial (cfr., entre otros, los arts. 156.2 y 5, 158, 159, 163, 167, 170, ... CC). Ciertamente, en el divorcio de que tratamos, el amistoso, hay acuerdo previo entre los cónyuges, pero lo hay para un caso de crisis matrimonial en que se va a administrar el ejercicio de la patria potestad, determinándose el régimen de guarda y custodia (aunque sea compartido, según acuerdo), y, en su caso, el de visitas.

Que la protección consista en negar la opción del divorcio notarial o administrativo, para exigir que lo sea judicial, o que previamente a aquél se haga uno judicial para la sola cuestión de la guarda y visitas, presenta, sin embargo, en ambos casos el mayor inconveniente que venimos denunciando desde un principio en materia de divorcio – que no olvidemos es – por mutuo acuerdo: su falta de celeridad, de economía y descongestión para los tribunales; haciendo a veces incluso, como sucede en el segundo caso (que lo es el de Perú, Ecuador, Brasil, ...), que haya duplicidad procedimental (primero judicial y después ante notario). A la necesidad del ahorro, económico y procesal, responde mejor, en cambio, la reciente reforma habida en Portugal, que unifica el procedimiento en uno solo, el administrativo, en el que se hace intervenir al Ministerio Público, al fin y al cabo, baluarte específico de menores e incapaces de obrar en cualquier

⁴² Curiosamente, de entre sus defensores patrios existen las mismas divergencias que entre los sistemas normativos extranjeros: los hay que estiman sólo acertado permitir el divorcio notarial cuando el matrimonio no tiene hijos (menores, incapacitados, ...), como así proponen algunos hoy en Cuba; y los hay que lo admiten, aunque bajo la supervisión del Ministerio Fiscal.

⁴³ Lo decía expresamente, el art. 2.1.c) de la anterior Ley arbitral de 1988 (cuyo espíritu, sin embargo, puede mantenerse vivo): *“No podrán ser objeto de arbitraje: ... c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos”*.

procedimiento. En el fondo, se trataría simplemente de introducir su intervención y presencia en el divorcio extrajudicial, como normalmente se introduce en cualquier proceso judicial (incluido el divorcio, aun consensual: cfr., arts. 749.2 y 777.5 LEC).

Por supuesto, no negamos con ello la protección que para con los hijos, menores e incapaces en general, procura también el juez en cualquier proceso (como, precisamente, sucede con cualquier crisis matrimonial, cfr., arts. 90 y ss. CC). Mas ese papel, que el juez coprotagoniza con el Ministerio Fiscal, creemos que también puede desempeñarlo con igual acierto en España el Notario (o el Encargado del Registro Civil):

Constitucionalmente, nada se opone a ello. No se vulnera ni queda en riesgo la igualdad del art. 14 CE (que, entre otras razones, alude al nacimiento): no se trata en este caso, en que hay divorcio amistoso, de tomar una decisión que afecte a la filiación misma, como estado civil, ni tampoco a su titularidad por parte de los padres (a la patria potestad en sí), sino a su ejercicio (al régimen de guarda y custodia, y visitas). De lo contrario, la intervención judicial sí sería imperativa. Pero no siéndolo, como sucederá siempre con el divorcio voluntario, la intervención del notario, como autoridad pública, satisfará la exigencia constitucional, del art. 39 CE, de que los Poderes Públicos (en nuestro caso, el Estado delegando en el Notariado) protejan a los hijos.

Descendiendo del terreno constitucional al legal, no debemos obviar que el notario ya interviene hoy en materia de filiación, cuando hay consenso o voluntad: a.e., en la determinación de la filiación no matrimonial (por reconocimiento, ex art. 120.1º CC, que también puede hacerse por el Encargado del Registro Civil), o en la emancipación por concesión de los padres (art. 317 CC). Y que, en general, es deber del notario proteger, velar por los intereses de la parte más débil del negocio del que da fe pública (cfr., arts. 1 y 147 del Reglamento Notarial), como, en nuestro caso, sería el convenio regulador, en que los hijos, si bien no son parte en sentido estricto, en cuanto parte negociadora, son terceros directamente por aquél afectados (cfr. arts. 6.2 CC y 19.1 LEC).

Ahora bien, al tratarse de hijos, que además son menores, incapaces o dependientes (unos terceros, por tanto, cualificados), la cooperación del Ministerio Fiscal (que lo sería de la cir-

cunscripción territorial a la que está adscrito el notario, o el encargado del Registro civil) parece no sólo conveniente, sino ineludible: aunque el art. 124.1 CE pueda resultar excesivamente genérico en la atribución de competencias a favor de tal órgano (*“sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos”*, que dice aquella norma en su ap. 1), es muy probable que en su misión principal de velar por el *“interés público”* y por el *“interés social”* (que dice en dos ocasiones aquel mismo apartado), subyazcan las funciones tradicionalmente atribuidas al Ministerio Fiscal, entre las que se encuentran, no sólo la defensa y representación de los menores e incapacitados (a pesar de su imparcialidad), sino también cualquier otra que afecte al estado civil (como sería nuestro caso del divorcio amistoso), lo que, en definitiva, justifica que sobre las materias cuya competencia dicho órgano tiene atribuida no quepa – como vimos – la transacción, ni el arbitraje por tratarse de materias que son indisponibles por ser de orden público⁴³.

Por eso, al menos cuando haya hijos menores o incapacitados, proponemos que en el divorcio voluntario tramitado ante notario, intervenga también el Ministerio Fiscal (cfr., art. 749.2 LEC); ahora bien: ¿siempre que haya hijos menores, incapacitados, ..., como se prevé en Colombia y ahora en Portugal; o sólo cuando, como en Cuba, el notario considere o sospeche que el acuerdo propuesto por los cónyuges es perjudicial para los hijos? En esto, al menos, creemos más acertado el criterio – colombiano y portugués – de exigir siempre, en todo caso, el dictamen del Ministerio Fiscal como preceptivo. Así se ha venido haciendo en España, en el procedimiento judicial de divorcio amistoso, tanto antes, con la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, como hoy en el ap. 5 del art. 777 LEC. Todo ello sin demérito de que también sea necesaria la estimación del Notario, como en cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria cuenta también la consideración del juez, tanto o más que la del Ministerio Fiscal.

La preceptiva concurrencia de ambos dictámenes, sin embargo, puede originar un problema cuando haya discrepancia entre ambos: ¿habría tal vez que resolverla dándole preferencia al del Ministerio Fiscal? Por su tradición está el Mº Fiscal más experimentado en tratar tales asuntos, mas el divorcio no es en

ningún caso declarado o denegado por él, sino por el notario (como en cualquier procedimiento, aunque sea de jurisdicción voluntaria, quien sentencia es el juez, no el Ministerio Fiscal). ¿Acaso entonces habría que otorgar preferencia al dictamen del Notario? Es quien finalmente decide acerca del divorcio, pero no parece prudente hoy otorgarle tal privilegio cuando no es juez, ni está ejerciendo en el divorcio por mutuo acuerdo la genuina función judicial de juzgar, que sólo es competencia de los jueces desempeñar, como exige el art. 117.3 CE. Por eso, el hecho mismo de que haya discrepancia evidencia la necesidad de que exista un mayor juicio, una estricta labor de valoración, de enjuiciamiento. Debe, por tanto, quedar expedita en tal caso la vía judicial, para que sea el juez quien valore la propuesta de acuerdo (al menos en el punto conflicto relativo a los hijos).