

PROCEDIMIENTO APLICABLE AL DIVORCIO DE COMUN ACUERDO TRAS LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NUEVA LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

*Ruth Israel López**

I. Introducción; II. Procedimiento aplicable desde la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil. Normas transitorias; III. Procedimiento aplicable a los divorcios de común acuerdo después de la entrada en vigencia de la Ley que crea los Tribunales de Familia; IV. Conclusión: IV. a) Otros fundamentos que reafirman nuestra conclusión; IV. b) Fundamento probable en contrario.

I. Introducción

Enfrentados el 1 de octubre de 2005 a la entrada en vigencia y funcionamiento de los Tribunales de Familia, creados por la ley N° 19.968, nos surgió inmediatamente el cuestionamiento, como operadores jurídicos del sistema, acerca de ¿cuál es el procedimiento aplicable hoy en día a las acciones de divorcio de común acuerdo?

A primera vista no parece atendible plantearse un cuestionamiento de esta especie si tomamos en consideración que ha transcurrido casi un año desde la entrada en vigencia e instauración del divorcio vincular en Chile, y que consecuentemente ya se han aplicado y declarado divorcios conforme al procedimiento transitorio que estableció la nueva Ley de Matrimonio Civil. Pero, si bien ello es efectivo, no lo es menos que los estatutos jurídicos aplicables son diversos. En un primer momento las normas que se enfrentaron para analizar, fueron las disposiciones transitorias antes señaladas y las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, y en la actualidad los estatutos a analizar son las normas permanentes de la nueva Ley de Matrimonio Civil por una parte y las normas de la ley que creó los Tribunales de Familia por otra.

También resulta completamente atendible el cuestionamiento, si nos hacemos cargo de una serie de interrogantes que surgieron con la aplicación del procedimiento transitorio, que nos llevaron a plantearnos si estábamos en presencia de un asunto de índole contencioso o no.

Los solicitantes en un divorcio de común acuerdo concurrieron al tribunal civil competente requiriendo dicha declaración y surgió la primera y obvia pregunta, ¿Quién es el demandante y quién es el demandado? “Pero si no hay demandante ni demandado, estamos de acuerdo”, contestaban los operadores del

* Abogada. Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

sistema. “No importa, hay que poner a alguien como demandante y al otro como demandado”, respondía el funcionario del tribunal. De modo usual figuraba entonces como demandante el primer solicitante de la presentación y como demandado el segundo de ellos.

Una segunda interrogante fue, ¿basta entonces un abogado que represente a ambos solicitantes? La respuesta fue variable, algunos tribunales estimaron que era suficiente un abogado, otros en cambio consideraron que era menester la presencia de dos abogados.

Otro tema de conflicto fue la necesidad de llamar a las partes a conciliación. No hay conflicto entre los solicitantes, no hay intereses contrapuestos, sin embargo los tribunales se vieron obligados a llamar a las partes a conciliación. ¿Qué ocurría en la práctica?: los jueces y funcionarios que intervenían en dichas audiencias, tenían necesariamente que dar una explicación previa a los solicitantes, indicándoles, que estaban dando cumplimiento a un mandato legal.

Por último, se planteó también el conflicto de si era o no necesario dictar una resolución que recibiera la causa a prueba. Algunos tribunales en un comienzo, atendida la ausencia de conflicto, no lo juzgaron necesario. Posteriormente, y tras fallos de los tribunales de alzada en orden a recibir la causa a prueba prácticamente se unificó el criterio en el sentido de interpretar que sí era menester dictar dicha resolución.

Como se ve se tuvo que recurrir a ficciones para acomodar a un procedimiento contencioso un asunto que naturalmente no tiene dicho carácter.

Debemos pues analizar el marco normativo que ahora rige dicha materia y buscar una interpretación acorde con la real naturaleza jurídica de dicha institución.

II. Procedimiento aplicable desde la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil. Normas transitorias

En forma previa a analizar cuál es, a nuestro juicio, el procedimiento aplicable en la actualidad a los divorcios de común acuerdo, resulta indispensable referirse brevemente a la situación existente entre la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil y la instalación de los tribunales de familia; esto es, desde el 18 de Noviembre de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2005.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, publicada en el Diario Oficial, con fecha 17 de mayo de 2004 y que aprueba el nuevo texto regulatorio del Matrimonio Civil (en adelante LMC), se instauró en nuestro país la institución del

Divorcio vincular, estableciéndose en un mismo texto legal tanto sus aspectos sustanciales como de procedimiento.

En este último aspecto, se contemplaron normas de procedimiento de carácter permanentes, en particular los artículos 85 y siguientes contenidos en el Capítulo IX denominado “De los Juicios de Separación, Nulidad de Matrimonio y Divorcio”, y normas de aplicación transitoria, referidas a la competencia y al procedimiento de las acciones de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio, mientras no se encontraren instalados los juzgados de familia.

Las normas permanentes, se mantuvieron en un primer momento en suspenso hasta la promulgación de la Ley sobre Juzgados de Familia, pues conforme al artículo 88 de la LMC, los juicios de separación, nulidad o divorcio se tramitarán conforme al procedimiento que señale, para tal efecto, la primera de dichas leyes, sin perjuicio de las normas especiales contenidas en la segunda de ellas. Por su parte, el artículo primero transitorio de la LMC señaló que mientras no se encontraren instalados los juzgados de familia, la competencia y el procedimiento para el conocimiento de las acciones de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio, se regulará por las disposiciones transitorias del citado cuerpo legal.

Por su parte, las aludidas normas transitorias de la LMC establecieron un sistema que, no dejó duda alguna de su aplicabilidad para los procedimientos de índole contencioso, esto es, para los divorcios por causal unilateral y por cese de la convivencia, presentados desde Noviembre de 2004 hasta la actualidad. Dichas normas transitorias señalaban a este respecto que los procesos de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio se sustanciarían conforme a las reglas del juicio ordinario, con algunas modificaciones.

El procedimiento antes citado continuará en aplicación hasta que se dicte sentencia ejecutoriada en los procedimientos que actualmente se tramitan, de conformidad con lo establecido por el artículo segundo transitorio de la Ley de Tribunales de Familia (en adelante LTF), que señala: *“Las causas de competencia de los juzgados de familia que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encontraren radicadas en juzgados con competencia en lo civil, continuarán radicadas en éstos y se sustanciarán conforme a las normas procesales vigentes a la fecha de inicio de las mismas hasta la sentencia de término”*.

III. Procedimiento aplicable a los divorcios de común acuerdo después de la entrada en vigencia de la Ley que crea los Tribunales de Familia

El artículo 88 de la nueva LMC señala *“los juicios de separación, nulidad o divorcio se tramitarán conforme al procedimiento que señale, para tal efecto, la ley sobre juzgados de familia.”*

Aproximándonos a dar respuesta a la interrogante que nos ocupa, lo primero que surge es señalar que se aplica el procedimiento ordinario que la LTF estatuye, pues conforme al artículo 55 de este cuerpo legal “*será aplicable el procedimiento ordinario a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los tribunales de familia y que no tengan señalado otro distinto en ésta u otras leyes*”.

Pero si sólo nos detenemos un instante en la norma en comento, la respuesta no puede ser tan rápida ni evidente, pues debemos previamente descartar que no nos encontremos en las situaciones de excepción que la citada norma contempla.

En efecto, para hacer aplicable el procedimiento ordinario, el artículo 55 supone que estemos en presencia de un asunto de índole contencioso, y asume igualmente que el conocimiento de la materia de que se trate no tenga señalado un procedimiento distinto, en dicha ley o en otros cuerpos normativos.

Entonces, avanzando en nuestra búsqueda de respuestas nos surgen inmediatamente otras interrogantes, como las siguientes: ¿Qué define a un asunto como no contencioso? ¿Es el divorcio de común acuerdo un asunto de índole no contencioso?

El artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, contenido en el Libro IV denominado “De los Actos Judiciales no Contenciosos” define lo que debemos entender por este tipo de actuaciones, señalando que son “*aquellos que según la ley requieren, la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre las partes*”.

En el Digesto se denominó jurisdicción voluntaria a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida.

Para el ilustre tratadista uruguayo Eduardo Couture la jurisdicción voluntaria presenta las siguientes características: “*El acto judicial no jurisdiccional no tiene partes en sentido estricto.... En él, el peticionario o pretensor no pide nada a nadie. Le falta, pues, un adversario. El no es parte, en sentido técnico, porque no es contraparte de nadie. Tampoco tiene controversia. Si ésta apareciere, si a la pretensión del peticionario se opusiese alguien que se considera lesionado por ella, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y, por lo tanto, en jurisdiccional.*”¹

De lo antes expuesto surgen entonces los presupuestos o requisitos necesarios para encontrarnos frente a un asunto no contencioso; ellos son:

1.- Existencia de una ley en la que expresamente se requiera la intervención del tribunal.

¹ Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 48.

Este requisito puede reconocerse en los siguientes artículos:

El artículo 55 de la LMC en sus incisos primero y segundo, al señalar que *“sin perjuicio de lo anterior (divorcio demandado por un cónyuge por falta imputable al otro cónyuge), el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.*

*En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.”*²

El artículo 8 de la LTF al señalar que : *“Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: ...N° 16 Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil”.*

De las dos normas transcritas se desprende que estamos en presencia de una “solicitud” de divorcio de común acuerdo, que se presenta ante un juez, en este caso, por aplicación del artículo 8 antes citado, ante el juzgado de familia, para que éste verifique la concurrencia de los presupuestos que hacen procedente el divorcio de común acuerdo, esto es, la acreditación del cese de la convivencia y la presentación de un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente las relaciones mutuas entre los comparecientes y con respecto a sus hijos comunes.

En consecuencia, para la solicitud de divorcio de común acuerdo existe una norma expresa que requiere la intervención del tribunal.

2.- Ausencia de conflicto.

La voz conflicto proviene del latín *“conflictus”* y, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, presenta cuatro acepciones. En su primera acepción significa combate, lucha, pelea. En la segunda se refiere a un enfrentamiento armado. En la tercera acepción significa apuro, situación desgraciada y de difícil salida, y en la cuarta, quiere decir problema, cuestión, materia de discusión.³

² El artículo 21 de la LMC se refiere a las relaciones mutuas entre los cónyuges, especialmente alimentos que se deban y materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. Si hubiere hijos, alimentos que se deban a su respecto, cuidado personal y relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

³ Diccionario de la Lengua Española, RAE, 21° Edición, 1992, Tomo I, Pág. 539

El profesor Cristian Maturana señala al respecto que: *“El término preciso para caracterizar los asuntos no contenciosos es la ausencia de conflicto y no de contienda, puesto que ella se refiere al enfrentamiento físico y no propiamente al jurídico que existe en todo asunto no contencioso”*.⁴

Por su parte el profesor Colombo sostiene que *el conflicto externo de intereses se sustenta en la presencia de intereses discrepantes de dos o más personas que se manifiestan mediante una acción u omisión que produce un cambio en el mundo externo*. Estima el citado profesor que *el conflicto de intereses caracterizados por la existencia de la pretensión de los interesados y la resistencia de otro a satisfacerla configura a su vez al litigio*.⁵

La Excelentísima Corte Suprema ha señalado sobre el tema que: *“Juicio es toda contienda civil entre partes. En consecuencia son elementos de este concepto la existencia de partes como la de una contienda civil entre ellas*.

Parte es toda persona que comparece en una gestión judicial a su propio nombre o como representante legal de otra.

Contienda es la confrontación de pretensiones jurisdiccionales contrapuestas.

*La impugnación de un crédito, verificado de acuerdo con la facultad que confiere el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley, N° 3, de Agricultura, del año 1967, configura una contienda civil entre partes, esto es, un juicio, y por lo tanto concurren en él los elementos que hacen procedentes el abandono de la instancia. El juez que decide lo contrario incurre en falta que debe corregirse por la vía del recurso de queja”*⁶

La ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel señaló que *“De acuerdo con lo que disponen los artículos 2° del Código Orgánico de Tribunales y 817 del Código de Procedimiento Civil, para la existencia de un acto de jurisdicción voluntaria es necesario que concurren copulativamente dos requisitos: a) el llamado expreso formulado por la ley para que intervenga un tribunal de Justicia y b) la ausencia de contienda. La ausencia del primer requisito lleva a concluir que el tribunal es incompetente y la no concurrencia del segundo convierte lo no contradictorio o voluntario en contencioso y litigioso*.

No existiendo norma legal expresa que autorice al tribunal para resolver la toma de posesión material del inmueble por quien se dice dueño de derechos y acciones en la nuda propiedad o en la propiedad plena, aquél es incompetente para decidir sobre dicha petición”.⁷

⁴ Maturana Miquel, Cristian, “De los actos judiciales no contenciosos”, Separata del Departamento de Derecho Procesal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Mayo 2004, Pág. 2

⁵ Colombo Campbell, Juan, *La Jurisdicción en el Derecho Chileno.*, editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 1991, Pág. 3 y ss.

⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, TOMO LXXVIII (1981), N° 1 (ENERO-ABRIL), SECCIÓN 1. Corte Suprema 29 de abril de 1981. Pág. 36-37.

⁷ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, TOMO LXXXI (1984), N° 1 (ENERO-ABRIL), SECCIÓN 2 Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda - 23 de abril de 1984. Pág. 44-45

IV. Conclusión

Lo expuesto precedentemente nos lleva a concluir que en el divorcio de común acuerdo no existen intereses contrapuestos; no existe pues conflicto de relevancia jurídica en los términos expuestos precedentemente: no existen partes.

No existe un conflicto externo de intereses o intereses discrepantes de los cónyuges, no existe pretensión de un cónyuge y la resistencia del otro a satisfacerla, ambos están de acuerdo en presentar la solicitud de divorcio al juez de familia competente, ambos ya estuvieron de acuerdo previamente en regular en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y respecto de sus hijos y ha concurrido a su respecto un hecho objetivo que los habilita para recurrir al tribunal, esto es, el cese de la convivencia durante el lapso mayor de un año, y deberán acreditarlo de cualquier forma y sin limitación alguna en el caso de los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia de la LMC y sólo a través de las vías que señalan los artículos 22 y 25 de la citada ley respecto de los matrimonios celebrados con posterioridad al 18 de Noviembre de 2004.⁸

No concurren tampoco “partes”, ni “demandante” o “demandado” a esta gestión, sino “solicitantes”; así, por lo demás, lo ha señalado expresamente el legislador al tratar el divorcio de común acuerdo en el artículo 55 de la LMC, que se refiere a la “*solicitud de ambos cónyuges*”, marcando la diferencia respecto del divorcio por cese de convivencia de más de tres años, en dónde sí pueden existir intereses contrapuestos, pues puede demandarse el divorcio por un cónyuge respecto del otro. En tal caso el legislador cambia la denominación y se refiere a éstos como “parte demandante” y “cónyuge demandado”. Lo mismo ocurre respecto del divorcio por causal imputable al otro cónyuge en donde el legislador utiliza la voz “*demandado*”. Artículo 54 de la LMC.

Contestando entonces las interrogantes planteadas ¿qué define a un asunto como no contencioso?

El cumplimiento de los dos supuestos: existencia de una ley en que expresamente se requiera la intervención del tribunal y la ausencia de conflicto. Ambos supuestos concurren en el caso del divorcio de común acuerdo.

¿Es el divorcio de común acuerdo un asunto de índole no contencioso?

⁸ Artículo 2º transitorio inciso 3 de la LMC

A la luz de lo analizado, la respuesta es afirmativa, es un asunto no contencioso, lo que nos lleva a concluir entonces que el procedimiento aplicable es aquel contemplado para los asuntos voluntarios, esto es, el procedimiento aplicable al divorcio de común acuerdo es el contemplado en el artículo 102 de ley 19.968: *“Los actos judiciales no contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los jueces de familia se regirán por las normas de la presente ley y, en lo no previsto en ellas, por el Libro IV del Código de Procedimiento Civil, a menos que resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de la oralidad. La solicitud podrá ser presentada por escrito y el juez podrá resolverla de plano, a menos que considere necesario oír a los interesados. En este último caso, citará a una audiencia, a la que concurrirán con todos sus antecedentes a fin de resolver en ella la cuestión no contenciosa sometida a su conocimiento”.*

En consecuencia la solicitud de divorcio de común acuerdo se presentará por los cónyuges por escrito, el juez citará a los solicitantes a una audiencia a la que concurrirán con todos los antecedentes.

El juez analizará los antecedentes y velará por el cumplimiento de los presupuestos o requisitos para que sea procedente el divorcio vincular de común acuerdo, esto es:

- 1.- Existencia de una solicitud de divorcio de común acuerdo entre los cónyuges. Lo anterior supone que el juez observará si los cónyuges han manifestado clara e indubitablemente su voluntad en términos de haber generado dicho acuerdo.
- 2.- Cese de convivencia. Se debe acreditar en la forma que la ley establece que dicha circunstancia objetiva se ha producido.
- 3.- Verificar la existencia de un acuerdo completo y suficiente en la forma que señala la nueva LMC.

Si el juez estima que no se cumple adecuadamente con algunos de los supuestos mencionados, no dará lugar a la solicitud aplicándose en consecuencia las normas supletorias de los actos judiciales no contenciosos regulados por el Código de Procedimiento Civil, en lo que no resulte incompatible con la LTF.

IV. a) Otros fundamentos que reafirman nuestra conclusión

No sólo las razones antes reseñadas nos llevan a alcanzar la conclusión señalada; también podemos hacer extensivo el mismo razonamiento que se utilizó en la disposición Cuarta transitoria de la LMC en relación con el artículo Primero transitorio, segunda disposición, del mismo cuerpo legal. Dispone dicho artículo que: *“Los juicios por divorcio perpetuo o temporal ya iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley continuarán tramitándose como juicios de separación judicial bajo el procedimiento regulado al momento de deducir la demanda respectiva.*

Con todo, las partes podrán solicitar al juez que prosiga el juicio comenzado, o que se aplique lo dispuesto en la disposición Segunda del artículo 1° transitorio”, es decir, las reglas del Título I del Libro IV del CPC, que se refiere a las disposiciones generales de los actos judiciales no contenciosos.

En consecuencia, existiendo la misma razón debe existir la misma disposición, y utilizando una interpretación por analogía frente a un divorcio de común acuerdo resulta atendible interpretar el ordenamiento jurídico de modo sistemático y lógico para concluir que es aplicable el procedimiento voluntario, siendo, eso sí, relevante citar siempre a una audiencia para que el juez compruebe fehacientemente la concurrencia de los supuestos que ameritan la declaración judicial de dicho divorcio.

La separación judicial constituye un estado civil⁹, al igual que el estado civil de divorciado, existiendo entonces instituciones semejantes con idénticos fundamentos, procede arribar a idéntica conclusión, esto es, que el divorcio de común acuerdo se tramita conforme a las normas de los procedimientos no contenciosos.

Por último, el divorcio vincular por mutuo consentimiento no es una institución nueva en los ordenamientos jurídicos y su tramitación en sede administrativa o como acto no contencioso es aplicada en muchos países del mundo.

En efecto, el divorcio por mutuo consentimiento es aceptado en Grecia, lugar donde inicialmente estaba muy restringido, pero después de Homero, se

⁹ Así lo sostiene fundadamente el profesor Pablo Rodríguez Grez en su ponencia “Curso de actualización Jurídica. Nuevas tendencias en el derecho civil”, Editorial Universidad del Desarrollo, 2004, Pág. 27 al señalar: “No cabe duda alguna que la separación judicial constituye un nuevo estado civil”. Así se desprende de lo previsto en los artículos :

- 32 Ley 19.947 que expresa: “Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán la calidad de separados, que no los habilita para volver a contraer matrimonio”
- 38 Ley 19.947, expresa “La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o la ya decretada, y, en este último caso, restablece el estado civil de casados”.- Artículo 6 transitorio de la misma ley, señala “Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, tendrán el estado civil de separados, y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derecho y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”
- 305 CC: “El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado, o viudo, y de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de matrimonio, muerte, y de nacimiento o bautismo.”
- “Por otra parte, no resulta discutible el hecho de que las personas separadas están sujetas a un vínculo conyugal atenuado en lo que se refiere a las obligaciones y derecho que surgen del matrimonio, todo lo cual nos hace concluir que se ha instituido un nuevo estado civil”.

hizo frecuente, ampliándose a diversas causales preestablecidas, incluidas las de mutuo consentimiento de los cónyuges. En Roma, el divorcio se llamaba en los primeros tiempos “Repudiación de la mujer por el marido”; mas tarde se aceptó la separación por mutuo consentimiento. Justiniano suprimió el divorcio por consentimiento común el año 542, pero pocos años después se restableció con amplitud. En los pueblos germanos, existía el divorcio por mutuo consentimiento y el repudio a favor del marido.

La revolución Francesa introdujo el divorcio por ley el 20 de septiembre de 1792, incluyendo el divorcio por mutuo consentimiento. Suprimido con posterioridad, el Código de Napoleón lo reinstauró pero en términos mas limitados. La restauración Borbónica lo volvió a eliminar y fue restablecido finalmente en el año 1884.

El divorcio vincular de común acuerdo lo encontramos regulado en casi todos los países del orbe.

Así por ejemplo en Francia existe el divorcio por mutuo consentimiento de los contrayentes, el que ocurre cuando los esposos solicitan conjuntamente el divorcio, sin expresar causa, sólo solicitando la aprobación de un proyecto de convenio que regule las consecuencias del divorcio, pudiendo presentarse dicha solicitud por los abogados de los cónyuges o por un abogado elegido de común acuerdo. El juez pronuncia el divorcio si adquiere la convicción de que la voluntad de cada uno de los esposos es real y que cada uno hubiere dado libremente su consentimiento, homologando en la misma resolución que dicte al efecto el convenio regulador de las consecuencias del divorcio, pudiendo rechazar dicha homologación y la sentencia de divorcio si estima que el convenio no preserva suficientemente los intereses de los hijos o de uno de los esposos.

En España el Divorcio fue recientemente modificado por la Ley N° 15/ 2005 de 8 de julio de 2005, En virtud de dicho cuerpo legal el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Basta para decretar judicialmente el divorcio, la petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos por la ley. El divorcio a petición de ambos cónyuges procede una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, debiendo en todo caso acompañarse a la solicitud una propuesta de convenio regulador.

En México procede el divorcio por hechos imputables a uno de los cónyuges a título de culpa o hecho propio. Existe también el, divorcio incausado, esto es, divorcio por el mutuo consentimiento de los cónyuges, que puede hacerse valer por dos vías, por vía administrativa y por vía judicial.

En Uruguay se contempla el divorcio por el mutuo consentimiento de los cónyuges. En este caso será necesario que los cónyuges comparezcan personalmente en el mismo acto ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrán su deseo de separarse. El Juez propondrá los medios conciliatorios que crea convenientes y si estos no dieren resultado, decretará desde luego la separación provisoria de los cónyuges y las medidas provisionales que correspondan. De todo lo obrado se levantará un acta que el Juez firmará con las partes y al final de la que fijará nueva audiencia con plazo de tres meses a fin de que comparezcan nuevamente los cónyuges a manifestar que persisten en sus propósitos de divorcio.

Como se ve la conclusión a la que arribamos no resulta ajena a otros ordenamientos,

En América latina estamos acostumbrados a la idea de que el divorcio debe ser resuelto por los Tribunales de Justicia. Sin embargo, la vía judicial no es la única que se utiliza para tales fines.

Así, en Noruega y Dinamarca existe el divorcio administrativo, aunque éste puede asimilarse al jurisdiccional por cuanto el órgano correspondiente, para tomar su decisión, debe ponderar debidamente las circunstancias de la causa.

En algunos países de Europa del Este, y en Japón, el procedimiento de divorcio se reduce a un acta de estado civil, extendida por el oficial correspondiente, a petición de los cónyuges.

En China, basta con el consentimiento mutuo sobre el divorcio y sobre los alcances personales y patrimoniales de éste, de lo cual se deja constancia en la oficina de registros matrimoniales.¹⁰

IV. b) Fundamento probable en contrario

No podemos dejar de mencionar que probablemente se esgrima en contra de nuestra postura de considerar al divorcio vincular de común acuerdo como un asunto no contencioso, que las materias derivadas del estado civil de las personas son de orden público, irrenunciables y que no pueden por tanto ser objeto de transacción.

No discutiremos en estas reflexiones la naturaleza jurídica de las normas que regulan el estado civil de las personas, ni tampoco las consecuencias que trae aparejada la circunstancia de estimar que una materia es de orden público.

Únicamente diremos que la sola circunstancia de estimar que efectivamente las normas que regulan el divorcio son de orden público, no trae como

¹⁰ Martinic, Maria Dora, VV.AA. Coordinadora. Ramírez Necochea, Mario. *Nuevas Tendencias del derecho*. Editorial Lexis Nexis, 2004. Pág. 59.

consecuencia necesaria que no pueda existir a su respecto acuerdo entre los cónyuges, máxime si es la propia ley la que autoriza a los solicitantes del divorcio por mutuo consentimiento alcanzar en forma previa un acuerdo completo en las materias y forma que la señalada ley les exige. De otro lado, no atenta contra la naturaleza de la institución la circunstancia de tramitarse ésta de conformidad a las reglas de los actos judiciales no contenciosos e incluso su tramitación en sede administrativa propiamente tal, puesto que en tales procedimientos el juez o la autoridad pública debe velar por el cumplimiento irrestricto de los presupuestos que hacen procedente el divorcio vincular por el mutuo consentimiento de los contrayentes.