

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

El divorcio sin juez en el Derecho español
y francés: entre el divorcio por notario
y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas
y prácticas

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

En Francia y en España la ley ha consagrado el divorcio por mutuo acuerdo fuera de sede judicial. Sin embargo, la regulación que ambos ordenamientos jurídicos han llevado a cabo hace que las similitudes sean mínimas y las diferencias muy marcadas. Especialmente en lo que se refiere al papel que desempeña el notario, fiel a la esencia de la función del notariado latino en España y muy aminorada en Francia, que ha preferido situar en el centro del sistema al abogado, consagrando un divorcio por acto de abogado y no un divorcio notarial. Esta diferente concepción, provoca dificultades en la práctica que en parte derivan de la calificación de este divorcio como «privado».

PALABRAS CLAVE

Divorcio-Divorcio notarial-Divorcio sin juez-Convenio regulador.

Divorce without a judge in Spanish and French Law: between divorce by a notary and divorce by a lawyer. Theoretical and practical difficulties

ABSTRACT

In France and Spain divorce is allowed by mutual agreement outside the court. However, the regulation that both legal systems have carried out makes the similitudes are minimal and the differences very marked.

Especially in regard to the role played by the notary, faithful to the essence of the role of the Latin notary in Spain and greatly diminished in France, which has preferred to place in the center of the system the lawyer, consecrating a divorce by act of attorney and not a notarial divorce. This different conception, causes difficulties in practice that partly derive from the qualification of this divorce as «private».

KEY-WORDS

Divorce, Notarial divorce, Divorce outside the court, Regulatory agreement.

SUMARIO: *Introducción.—I. El divorcio notarial: el «fantasma» al que se refirió el profesor Pérez Gallardo, cruza el Atlántico y después atraviesa los Pirineos.—II. Naturaleza jurídica del divorcio sin juez, ¿un divorcio privado? II.1. Denominación. II.2. Ordenación sistemática. II.3. La pretendida naturaleza contractual del divorcio sin juez.—III. Condiciones exigidas para el divorcio extrajudicial. III.1. Acuerdo de los cónyuges: capacidad exigida. III.2. Existencia de hijos menores ¿impedimento para el divorcio sin juez?—IV. Tramitación del divorcio. IV.1. Intervención notarial. IV.1.1. Cuestiones de competencia. IV.1.2. La formalización del divorcio ¿documento público o privado? IV.2. Intervención de abogados: la revolución cultural francesa. IV.3. Intervención personal o por representante. IV.4. Reglas de procedimiento.—V. El post-divorcio: las consecuencias de la calificación. V.1. El carácter irreversible del divorcio. V.2. La revisión y la impugnación de la convención de divorcio. V.3. La ejecución de la convención de divorcio. V.3.1. Ámbito interno. V.3.2. Ámbito internacional.—VI. A modo de conclusión sobre este «divorcio a la francesa». Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

Si el divorcio fuera de sede judicial en un principio despertó el rechazo de una parte de la doctrina, tanto en España como en Fran-

cia, poco a poco ha ido ganando adeptos y ha terminado por introducirse en ambos ordenamientos jurídicos superando algunas de las reticencias iniciales, pero haciendo surgir otras. Ahora bien, no podemos pensar que esta «propagación» de instituciones jurídicas implique que el divorcio por mutuo acuerdo francés y español sean instituciones equivalentes. Al contrario. Como veremos, el divorcio «por acto de abogado» vigente en Francia, está en las antípodas del divorcio notarial español y ello genera numerosas dificultades, conceptuales y prácticas.

Divorciarse en España, cuando existe mutuo acuerdo, es más sencillo y ágil tras la regulación del divorcio notarial llevada a cabo por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Pero esta vía está vetada cuando existen hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, posibilidad, como veremos, expresamente contemplada por el *Code*. Ante tal diferencia, la pregunta que surge inmediatamente es si dos españoles con hijos menores podrán divorciarse en Francia, con arreglo al Derecho francés fuera de sede judicial.

Adelantando parte del contenido de este trabajo, nada impide que se puedan acoger a esta regulación dos cónyuges que quieren divorciarse cuya nacionalidad no es francesa ni tienen su residencia habitual en Francia. Y no porque el legislador galo haya pretendido hacer de la libre circulación el principio inspirador de su reforma sino, muy al contrario, por su falta de visión del alcance internacional de este divorcio sin juez¹.

Ahora bien, esta posibilidad plantea numerosos interrogantes sobre si el divorcio así obtenido, y los acuerdos sobre las consecuencias del mismo, son reconocibles y ejecutables en España y viceversa. Para tratar de dar respuesta a esta y otras cuestiones, hay que realizar una labor de calificación de este «divorcio a la francesa²» y del divorcio notarial español para determinar si estamos en presencia o no de un «divorcio privado». Tal calificación³ determi-

¹ DEVERS, A., «Le divorce sans juge en droit international privé», *Droit de la Famille*, enero de 2017, dos. 5, p. 1: «Mais, comme pour la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité, il est regrettable de constater que le législateur s'est totalement désintéressé des aspects de droit international privé du nouveau divorce».

² Esta expresión es una licencia de la autora haciendo un guiño a la mítica película «Divorcio a la italiana» de los años 60 del siglo pasado, interpretada por Marcelo Mastroianni.

³ GODECHOT-PATRIE, S., «Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes», *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 271, p. 2: «D'emblée un constat s'impose: en droit interne comme en droit international privé l'équivalence repose sur une comparaison des concepts en présence. C'est donc à une comparaison de l'institution étrangère et de l'institution du for constitutive du présupposé de la règle de droit à appliquer qu'il convient de se livrer. C'est dire par conséquent que l'équivalence va être sollicitée préalablement à la qualification du rapport litigieux et que du résultat du jugement d'équivalence dépendra la détermination de la règle de droit applicable. Mais nécessaire cette vérification est-elle suffisante? A la supposer admise l'équivalence ne risque-t-elle pas de rompre la dialectique que le législateur a entendu

ará cuál es el régimen de este nuevo divorcio que se abre paso en nuestros ordenamientos jurídicos en aquellos aspectos en los que el legislador no lo ha dotado de su propia regulación, y tendrá importantes repercusiones sobre la libre circulación y el reconocimiento automático en otros países de la Unión Europea teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16) ha determinado que los «divorcios privados» no están sometidos al Reglamento Roma III ni al Reglamento Bruselas II *bis*.

I. EL DIVORCIO NOTARIAL: EL «FANTASMA» AL QUE SE REFIRIÓ EL PROFESOR PÉREZ GALLARDO CRUZA EL ATLÁNTICO Y DESPUÉS ATRAVIESA LOS PIRINEOS

La Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otras medidas de mayor calado⁴, aprueba el divorcio notarial que ha sido la más mediatizada y, quizás, una de las de mayor envergadura desde el punto de vista conceptual. Sigue con ello la estela de otros ordenamientos jurídicos del ámbito iberoamericano. Especialmente del Derecho cubano que, en esta materia, ha hecho camino al andar.

Cuba ha sido pionera en la desjudicialización del divorcio y, seguimos las palabras del profesor y notario Pérez Gallardo⁵ al decir que el « fantasma » del divorcio notarial que recorre Latinoamérica desde hace décadas, ha llegado a España⁶ en 2015. Antes había conquistado otros países⁷ que han abierto la vía al divorcio fuera de sede judicial: Colombia, Ecuador, Brasil o Perú⁸, mientras

établir entre la catégorie juridique et la conséquence de la règle? Or si substitution il y a, elle ne peut se faire que dans le respect de la cohérence du for. Se dessine ainsi la nécessité de procéder à un second jugement d'équivalence. C'est alors à une comparaison des résultats de l'application de la règle de droit selon qu'il est procédé ou non à la substitution qu'il faut s'astreindre».

⁴ Sobre el tema, ver FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., «Ley 12/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: racionalización de competencia y procedimiento judicial», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 56, 2016, pp. 13-67.

⁵ PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009, p. 329-371, La Habana.

⁶ PÉREZ GALLARDO, L. B., «Separación y divorcio notarial a la española: una visión desde el Derecho comparado», en *Separación y divorcio ante notario*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), Reus 2016, pp. 19-46.

⁷ Realiza un completo y detallado estudio del panorama MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J., «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto 2012, pp. 137-166.

⁸ En Perú, la ley núm. 29227/2008 de 16 de mayo, ha introducido un procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio que se puede tramitar en las Municipalidades y en las Notarías. Ver CABELLO MATAMALA, C. J., «El divorcio en el Derecho

que algunos como Argentina, se resisten a su incorporación⁹ y otros como Nicaragua lo han incorporado recientemente¹⁰.

En 2015 le ha llegado el turno al Derecho español. Pero no podemos decir que haya existido una influencia directa del divorcio notarial cubano en la regulación española ya que, como analizaremos posteriormente, son muy diferentes las condiciones y premisas exigidas en ambas legislaciones.

Sin embargo, la regulación cubana y otras que la han seguido, y precedido a la española, han servido de modelo o guía al legislador español para realizar las opciones que definen los caracteres propios de nuestro divorcio notarial: si es o no obligatorio, si es posible o no en presencia de menores, si se precisa o no la intervención de abogado, cual es el papel del notario. Cuestiones todas ellas que dibujan la esencia y naturaleza del divorcio fuera de sede judicial.

Unos meses más tarde, el «fantasma», al que se refería el profesor Pérez Gallardo, ha cruzado los Pirineos. El legislador francés ha abordado igualmente una reforma en la materia y ha regulado el divorcio fuera de sede judicial y que, sin embargo, por las razones que a continuación expondremos, nadie osa llamar divorcio notarial. La novedad se ha introducido, tras observar también las modificaciones legislativas realizadas en otros ordenamientos jurídicos, mediante la Ley 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de Modernización de la Justicia del Siglo XXI.

Y es que, como veremos con más detalle, la característica común de la regulación francesa, española y de algunas de las del continente americano es que el divorcio se puede producir fuera de sede judicial, pero las similitudes son, en algunos casos, escasas. Se trata de divorcios muy diferentes en los que sus presupuestos, tramitación y naturaleza no se asemejan. Especialmente problemática es la regulación que ha llevado a cabo el legislador francés y que ha provocado una demanda ante la Comisión Europea de varios abogados franceses junto al profesor Nourissat¹¹, por violación del Derecho europeo, al considerar que la regulación aprobada vulnera las reglas de competencia europea, impide la libre circulación del

peruano», en *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Acedo Penco, A., y PÉREZ GALLARDO, L. B., Temis 2009, pp. 525-550.

⁹ CULACIATI, M. M., «Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en Argentina», *IUS*, núm. 36, julio-diciembre de 2015, pp. 389-417.

¹⁰ PÉREZ GALLARDO, L. B., «Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 429-457, La Habana.

¹¹ NOURISSAT, C., BOICHÉ, A., Eskenazi, D., Meier-Bourdeau, A., Thuan Dit Dieu-donné, G., «Divorce par consentement mutuel: plainte contre la France!», *AJ Famille*, 2017, p. 266.

acuerdo de divorcio y supone una violación de los derechos fundamentales del niño.

La regulación del divorcio sin juez en Francia abre numerosos interrogantes, tanto en el ámbito interno como internacional. ¿Es el divorcio por mutuo acuerdo francés una institución equivalente al divorcio notarial español? ¿Será ejecutable en España? ¿Entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 sobre ley aplicable al divorcio? ¿Y en el del Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental?

Su régimen jurídico, en vigor desde el 1 de enero de 2017, genera la duda de si es ejecutable en España esta convención de divorcio que, como veremos, se admite incluso en presencia de hijos menores, y en el que la intervención del notario es residual, por no decir inexistente. Un amplio sector de la doctrina francesa muestra su perplejidad por la reforma y algunos se sienten incluso «consternados» y «siderados» ante lo que consideran una falta de responsabilidad del legislador a quien acusan de haber legislado precipitadamente¹² y de haber olvidado que Francia es un Estado miembro de la Unión Europea y está obligada por los reglamentos europeos en materia de divorcio, responsabilidad parental y alimentos, provocando que la doctrina¹³ se pregunte si el legislador no ha querido hacer de Francia una especie de «Las Vegas del divorcio».

Este malestar inicial, se mantiene tras un año de aplicación y la doctrina¹⁴ demanda a los poderes públicos su reforma debido a las insuficiencias, dificultades de interpretación de los textos y desacuerdos profundos sobre el fondo de la regulación¹⁵. Sin pretender realizar una valoración de política-legislativa, lo cierto es que algunas de las opciones del legislador francés sorprenden. Como la que se refiere a la imposición de este divorcio sin juez como obligatorio, incluso en presencia de hijos menores, o el «poder» que otorga a estos para judicializar el divorcio de los padres, pero también, y sobre todo, en lo referido al papel marginal que atribuye al notario. A estas cuestiones nos referiremos con más detalle porque conforman la esencia y naturaleza de este divorcio. Espe-

¹² BALLON-WIRTZ, N., «La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel. Libres propos», *La Semaine Juridique Édition Général*, núm. 23, 6 de junio de 2016, dos. 643.

¹³ BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen. La France, nouveau Las Vegas du divorce?», *AJ Famille*, 2017, p. 57.

¹⁴ FERRÉ-ANDRÉ, S., «Un an de divorce sans juge: vade-mecum controversé d'un processus de divorcialité contractualisée», *AJ Famille*, 2018, p. 81.

¹⁵ AVENA-ROBARDET, V., «La Justice dans tous ses états», *AJ Famille*, 2018, p. 3.: «Mais si nous pouvions émettre un vœux pour 2018 –un seul!–, ce serait que le législateur corrige et améliore les dispositions relatives au divorce par consentement mutuel sans juge».

cialmente preocupante es la que se refiere a la intervención del notario ya que se trata de una opción de política legislativa enmarcada en una tendencia ultraliberal del legislador francés que concede mayor protagonismo a los abogados, todo el protagonismo en realidad, y desnaturaliza por completo la labor del notario de tipo latino como garante de la seguridad jurídica preventiva. Como denuncian Stéphane David y Romain Brunet¹⁶, el legislador ha revalorizado el trabajo del abogado al precio de una desvalorización del trabajo de los notarios inaceptable para estos, «infantilizándolo» su intervención y convirtiendo este divorcio en un híbrido que renuncia a la idea tradicional del notario como «magistrado del amigable».

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO SIN JUEZ, ¿UN DIVORCIO PRIVADO?

II.1 DENOMINACIÓN

La regulación cubana lo denomina expresamente divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Contrasta con la compleja denominación que el legislador francés ha utilizado: divorcio por mutuo acuerdo por acto privado refrendado por abogado y depositado en el protocolo de un notario («*divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire*»). ¿Traduce esta denominación una diferente naturaleza jurídica? ¿Podemos decir que en el caso español y cubano quien divorcia es el notario y en el francés no? ¿Quién pro-

¹⁶ DAVID, S., y BRUNET, R., «Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2017, p. 31, p. 1: «Souvent qualifié de "magistrat de l'amiable", le notaire ne pouvait pas être exclu du nouveau divorce par consentement mutuel extrajudiciaire. Bien plus, il aurait certainement pu prétendre s'emparer, à la lumière de cette qualification, du rôle jusqu'alors dévolu au magistrat en matière de divorce par consentement mutuel "judiciaire". Il aurait alors opéré un contrôle substantiel de la convention de divorce et serait devenu ainsi l'acteur majeur du divorce du XXI^e siècle. Il eût alors été question du "divorce devant notaire". Il en fut du reste question. Cette voie, on le sait, a été abandonnée. Soumis aux pressions corporatistes des uns et des autres, les pouvoirs publics ont finalement mis en place un système bancal où il n'est plus question d'un "divorce devant notaire" pas davantage qu'il ne s'agit d'ailleurs d'un simple "divorce constaté par les avocats". En réalité, le divorce nouveau est un hybride, le fruit d'un travail des deux professions, lesquelles, successivement et/ou conjointement, selon les cas, vont être destinées à conseiller les époux, à contrôler l'intégrité de leur consentement et l'équilibre des intérêts en présence, pour donner forme et force juridique à leurs accords, sans l'ombre tutélaire et sécurisante (pour tous) du magistrat».

nuncia el divorcio? Para tratar de dar respuesta a estos interrogantes vamos a analizar algunos aspectos de esta regulación.

La ley española (8) simplifica al máximo y, sin darle una denominación específica, lo incorpora con una reforma de mínimos a la regulación del divorcio del Código civil, aunque la doctrina parece haberse decantado por la denominación de divorcio notarial, lo que, en cierto modo, supone ya una previa calificación.

II.2 ORDENACIÓN SISTEMÁTICA

La incorporación del divorcio sin juez a un ordenamiento jurídico puede hacerse por vía de legislación especial o bien mediante una reforma de la ley previa del divorcio a través de una reforma puntual o incluida en una ley de mayor alcance. Este último ha sido el camino seguido en Francia y en España ya que el legislador no le ha dedicado una ley especial, sino que lo ha introducido en el Código civil en una ley de contenido variado, la de Jurisdicción Voluntaria en España y la de Modernización de la Justicia del siglo XXI en Francia. Marcan así una primera diferencia con la precursora legislación cubana que aprobó un Decreto-Ley¹⁷ sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario.

Desde un punto de vista de ordenación sistemática, el Código civil español no dedica un capítulo o sección especial dentro de los que regulan el divorcio, sino que queda integrado en la regulación del divorcio en general suponiendo únicamente una posible vía de sustanciación. No ocurre así en el Código francés que consagra una sección (secc. 1.^a, Capítulo I, Título VI, Libro I), al divorcio por mutuo acuerdo («*Divorce par consentement mutuel*»).

Además, a la reforma del *Code* han seguido otras normas de rango inferior. El Decreto¹⁸ de 28 de diciembre de 2016 y la Circular¹⁹ del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 2017 que trata de aclarar algunas cuestiones controvertidas como la naturaleza de la intervención del notario y escenifica el procedimiento de divorcio sin juez.

¹⁷ Decreto-Ley núm. 154/1994 de 6 de septiembre sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario.

¹⁸ Décret núm. 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, JORF núm. 0302 du 29 décembre 2016.

¹⁹ Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret núm. 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, BOMJ núm. 2, 2017-06, du 30 juin 2017.

II.3 LA PRETENDIDA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DIVORCIO SIN JUEZ

La sistemática y denominación aludidas ¿son reflejo de la naturaleza jurídica de este divorcio? El divorcio por mutuo acuerdo del Derecho francés ¿es de naturaleza contractual y el divorcio notarial cubano o español no lo es? O, visto desde otra perspectiva, ¿son los cónyuges los que se divorcian en el divorcio sin juez francés mientras que en el cubano y el español es el notario quien divorcia?

La mayor parte de la doctrina²⁰ califica el divorcio por mutuo acuerdo del *Code* como contrato a pesar de las dudas que ha suscitado²¹ la referencia del legislador a la «convención de divorcio» y de alguna referencia original²² a una especie de «proceso amistoso a seis manos». Sin embargo, como apunta ChénéDé²³, si ponemos en relación la reforma del divorcio con la que se ha producido en materia de obligaciones y contratos mediante la *Ordonnance* de 10 de febrero de 2016, veremos que no tiene trascendencia la denominación de «convención» ya que la distinción entre convención y contrato ha sido abandonada. Se trata por tanto de un contrato pero, para este autor, de naturaleza particular: se trata de un acuerdo extintivo, categoría consagrada en el artículo 1101 del *Code*, al que se aplicarán las reglas de los contratos en todo lo que no esté expresamente regulado. Insiste Casey²⁴ en que no se puede considerar un contrato ordinario de Derecho común, sino que se trata de una convención *sui generis*,

²⁰ COUZIGOU-SUHAS, N., «Réflexions pratiques sur le divorce sans juge», *Deffrénois*, 30 de enero de 2017, núm. 2, p. 131: «Il s'agira d'un contrat aux termes duquel les époux pourront envisager leur séparation»; THOURET, S., «Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge», *AJ Famille*, 2016, p. 568, p. 2: «Il devient donc un contrat parmi d'autres». PICARD, J., «L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge», *Petites Affiches*, 6 de marzo de 2017, núm. 046, p. 6.

²¹ POURE, V., «La convention de divorce par consentement mutuel: un contrat à part, mais un contrat tout de même», *Droit de la Famille*, núm. 3, marzo de 2018, dos. 5, p. 2: «Bien que l'utilisation du terme «convention» occasionne une certaine confusion au regard de la réforme opérée par l'ordonnance núm. 2016-131 du 10 février 2016, cette dernière semble malgré tout pouvoir être classée dans la quadrilogie du nouvel article 1101 du Code civil, en ce qu'elle n'est en aucun cas dénuée de tout effet obligationnel».

²² CASEY, J., «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur», *AJ Famille*, 2017 p. 14, p. 2: «Mieux même, le législateur a été assez habile pour laisser croire que le divorce amiable devenait contractuel, alors qu'il n'en est rien. C'est plutôt un «processus amiable à six mains» qui a été créé, lequel est rétif à toute classification connue, tenant un peu de la figure conventionnelle et beaucoup de la figure processuelle».

²³ CHÉNÉDÉ, F., «Divorce et contrat. À la croisée des réformes», *AJ Famille*, 2017, p. 26, p. 1: «Au vrai, il ne faut sans doute pas exagérer l'importance de cette question de qualification, qui apparaît, à certains égards, plus sémantique que technique. Il convient seulement de s'accorder sur l'essentiel. Or, une chose est certaine: le divorce prend sa source dans un accord de volontés (contrat, convention, acte *sui generis*, peu importe), qui ne pourra plus échapper, faute d'homologation judiciaire, non pas à l'ensemble, mais du moins à certains règles du nouveau droit des contrats».

²⁴ CASEY, J., «Le nouveau divorce par consentement mutuel...», *op. cit.* p. 8.

ya que, como argumentaba Larribau-Terneyre²⁵, antes de la reforma, las convenciones de ruptura jamás son convenciones ordinarias.

Admitiendo esta premisa, son los cónyuges los que se divorcian y la intervención del notario o de cualquier otra autoridad es inexistente. Con toda claridad lo expone el profesor Beignier²⁶: «*Qui prononce le divorce? Personne*» (¿Quién pronuncia el divorcio? Nadie). Podríamos decir que se trata de un mutuo disenso²⁷ que, indirectamente, contribuye también a subrayar el carácter contractual del matrimonio y, alerta Grimaldi²⁸, «de la contractualización del divorcio a la del matrimonio el paso no es enorme».

Y es que la redacción que se ha dado al artículo 229-1 no deja lugar a dudas²⁹: «cuando los cónyuges se entiendan sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos, asistidos por sus abogados, constatarán su acuerdo en una convención que toma la forma de acto privado refrendado por sus abogados». A lo que añade el párrafo 2.º que esta convención se depositará en el protocolo de un notario. Refuerza su naturaleza contractual la reforma que propone el Proyecto de Ley de reforma de la justicia³⁰ que actualmente se tramita

²⁵ LARRIBAU-TERNEYRE, V., «Les conventions de rupture. État des lieux», *Droit de la Famille*, marzo de 2015, dos. 4, pag. 1: «Cette faveur pour la convention, ainsi comprise, est aujourd'hui une réalité. Les couples en rupture sont largement incités à s'entendre, à différents stades du processus de rupture, voire même avant, avec une gamme assez large de possibilités concernant les accords qu'ils sont autorisés ou incités à passer. Pour autant, il ne s'agit jamais dans ce domaine familial, d'en faire des contrats ordinaires; ils s'inscrivent nécessairement dans les limites d'un ordre public toujours présent en matière familiale, qui ne donne pas toute liberté, qu'il s'agisse des couples mariés ou des couples non mariés. La rupture du couple marié est la seule, il est vrai, à s'inscrire et à continuer à s'inscrire dans un processus et une procédure judiciaire, avec des règles strictes, qui cantonnent les processus conventionnels à ce que le législateur considère comme opportun. En ce qui les concerne, le développement des conventions s'inscrit donc plutôt dans un processus de libéralisation et de relâchement de l'ordre public».

²⁶ BEIGNIER, B., «Qui prononce le divorce sans juge? Qui Marie? Du droit civil au droit privé de la famille», *Droit de la famille*, núm. 4, abril 2017, repère 4.

²⁷ THOURET, S., «Le nouveau divorce par consentement mutuel...», *op. cit.* p. 1: «Mais surtout, ce nouveau divorce n'est plus prononcé par qui que ce soit: ni par le juge qui disparaît purement et simplement de son champ d'application, ni par les avocats dont le rôle est de rédiger la convention par laquelle les époux recourent à ce type de divorce, ni par le notaire dont le rôle est de recevoir le dépôt de cette convention au rang de ses minutes. Ce sont donc les époux qui se divorcent l'un et l'autre par consentement mutuel».

²⁸ GRIMALDI, M., «L'exit du juge dans le nouveau divorce», *Défrenois*, núm. 2, 30 enero de 2017, p. 115.

²⁹ Traducción de la autora. Artículo 229-1 del *Code*: «Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avoat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1.º à 6.º de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et forcé exécutoire».

³⁰ Projet de Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, depositada el 20 de abril de 2018.

en la Asamblea Nacional francesa que autoriza la firma electrónica de la convención de divorcio en los mismos términos que cualquier otro contrato.

Es decir, en el Derecho francés, el divorcio por mutuo acuerdo ha pasado a ser un asunto privado en el que es el acuerdo de los cónyuges, cumpliendo determinadas formalidades, el que produce el divorcio. No existe intervención de una autoridad pública para pronunciarlo.

La doctrina española apenas se ha ocupado de la cuestión de la naturaleza jurídica del divorcio fuera de sede judicial pero la cubana ha afirmado que el divorcio no puede tener el mismo tratamiento que el mutuo disenso como causa de extinción del contrato porque el matrimonio «tiene un sentido ético y social diferente», incluso en los ordenamientos jurídicos que lo regulan como contrato³¹.

La cuestión está íntimamente relacionada con el papel del notario en este divorcio sin juez que, en el Derecho francés, se reduce al mínimo, cuestionándose incluso algunos autores³² si el notario debe hacer una lectura de la convención de divorcio que no sea puramente formal, interesándose al fondo³³. Posteriormente volveremos sobre la cuestión pero, para avanzar en la determinación de la naturaleza jurídica del divorcio sin juez, la pregunta que nos hacemos es: ¿cuál es la naturaleza de la intervención del notario? ¿Se limita a dejar constancia del acuerdo de divorcio de los cónyuges? ¿Debe el notario realizar un doble control de legalidad y de justicia o equidad?

Afirmativamente responde a esta pregunta para el Derecho cubano Pérez Gallardo³⁴ ya que, considera, existen intereses públicos en juego por lo que debe haber un control en la ruptura del vínculo. Del mismo modo, en el Derecho español, al afectar la ruptura del vínculo al estado civil, es complicado defender que se trata de un divorcio contractual aunque no han faltado autores que así lo califican³⁵. Sin aclararlo expresamente, la Exposición de Motivos

³¹ PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica...», *op. cit.* p. 333; ORDELIN FONT, J. L., «Dos décadas de divorcio notarial en Cuba ¿hacia dónde vamos?», *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, núm. 4-5, 2015-2016.

³² BLANCHARD, C., «La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 1, 6 janvier 2017, 1002; TORRICELLI-CHIRIF, S., «Divorce contractuel: le notaire doit-il fermer les yeux?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 16, 21 avril 2017, 1159.

³³ CHAMPENOIS, G., «Le notaire doit-il lire la convention de divorce par consentement mutuel?», *Deffrénois*, 15 de abril de 2017, núm. 07, p. 1: «La seconde branche de l'alternative implique une lecture de la convention qui ne serait pas purement formelle. La question n'est pas anodine. Si la verification est une obligation, la responsabilité du notaire pourrait être engagée».

³⁴ PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica...», *op. cit.* p. 333.

³⁵ NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza», *Revista de Derecho Civil*, vo. II, núm. 4, 2015, pp. 153-171.

de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que la ley atribuye al notario «las funciones que correspondían al juez». Es en este sentido que reclamaba la doctrina³⁶, antes de la reforma, el divorcio sin juez ya que, como subraya Carrión³⁷, «la voluntad común de los cónyuges no puede ser suficiente por sí sola, sino que se debe exigir la intervención de una autoridad que declare y supervise la disolución del matrimonio».

Es decir, el divorcio no ha pasado a ser un asunto «privado» en el Derecho español. El notario interviene en su condición de funcionario público, revestido de autoridad y en un papel ciertamente diferente del suyo habitual o, al menos matizado, ya que como señalan Lora-Tamayo y Pérez Ramos, la LJV no supone una ruptura, aunque sí un cambio³⁸. Las nuevas competencias acentúan su carácter de autoridad pública³⁹. No sólo ha de realizar un control de legalidad sino también de equidad ya que el artículo 90.2 del Código civil dispone que si el notario considerase que los acuerdos pueden ser dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o emancipados afectados, darán por terminado el expediente y los cónyuges deberán acudir al juez. Así lo subrayan Lora-Tamayo y Pérez Ramos⁴⁰, notarios, para

³⁶ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ DE, C., «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», *Diario La Ley*, núm. 7838, 13 de abril de 2013, p. 2: «Lo que ya no está tan claro es cuál será el papel del notario en el aspecto relativo a la formalización del acuerdo, pues si éste se limita sin más a protocolizar el convenio en escritura, su función, en mi opinión, no servirá absolutamente para nada, por no mencionar que se contravendría lo dispuesto en el Reglamento del Notariado en cuanto a la labor desempeñada por aquél. Parece contradictorio acudir al colectivo notarial para que su intervención se circunscriba sencillamente a plasmar en escritura el convenio presentado por las partes».

³⁷ CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «El divorcio ante notario», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2012, núm. 43.

³⁸ LORA-TAMAYO, I., y PÉREZ RAMOS, C., «Prólogo», en la obra *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Reus 2016.

³⁹ BARRIO DEL OLMO, C. P., «Función notarial y desarrollo práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 67 mayo-junio 2016, p. 3: «La función notarial sustancialmente no ha variado tras la LJV que lo que ha venido es a acentuar una de las facetas del notario. La Ley refuerza su condición de funcionario público inescindible de su naturaleza profesional (art. 1, II RN). El carácter de autoridad pública se ha fortalecido pero no se ha alterado la esencia de la función notarial. Por supuesto que las nuevas atribuciones suponen un cambio en nuestro quehacer diario, como ya estamos comprobando en nuestros despachos, y por tanto nos exigen un esfuerzo suplementario, y en muchos casos ser muy cuidadosos para adaptarnos a los nuevos expedientes, más cuando tratándose de nuevas competencias en muchos casos complejas y siempre con peculiaridades el legislador no ha regulado el procedimiento para su ejercicio».

⁴⁰ LORA-TAMAYO, I., y PÉREZ RAMOS, C., «Prólogo», *op. cit.* p. 11: «Puesto que hay determinados expedientes, como la aprobación del pago en metálico de la legítima, y especialmente el de la partición ejecutada por el contador-partidor dativo, o el examen del convenio regulador en el divorcio, en los que el Notario no sólo debe comprobar que se han cumplido todos los requisitos legales (atributos propios del control de legalidad), sino que además debe ir más allá y comprobar si se han respetado los derechos de los legitimarios excluidos del *pars bonorum*, o de los sucesores del causante, o que se ha guardado el equilibrio exigible en el convenio regulador. En definitiva, el Notario pasa a resolver sobre

quienes la LJV atribuye al notario competencias que van más allá del control de legalidad «entrando de lleno en el control de equidad». Se trataría de una especie de homologación del acuerdo de divorcio que realiza el notario, ya que, como señala Gómez Gállico⁴¹, las funciones de jurisdicción voluntaria que se atribuyen al notario son muy cercanas de las jurisdiccionales. El notario actúa como autoridad pública revestido de *imperium* ya que «la jurisdicción voluntaria que implica un juicio de equidad está equiparada a la jurisdicción voluntaria judicial».

Insiste en la misma idea Vela Fernández⁴², quien subraya que en el divorcio por mutuo acuerdo la función del notario y del Letrado de la Administración de Justicia es la misma: «controlar, homologar el cumplimiento de las mismas normas sustantivas, lo que lleva aparejado el control de lesividad».

La intervención del notario es la que perenniza la presencia del Estado en un acto que afecta al estado civil y que lo aleja sustancialmente del divorcio sin juez del Derecho francés en el que, como subraya Grimaldi⁴³, se constata la desaparición del Estado. Y es que en el *Code* el divorcio por mutuo acuerdo se produce mediante contrato privado, refrendado por abogado, que es una especialidad del Derecho galo, pero que no tiene nada de documento público ni produce los efectos de estos. No existe otorgamiento de escritura pública ante notario y la intervención que le reserva la ley no convierte en público el convenio regulador privado pactado por las partes ya que el notario se limita a protocolizarlo y a verificar cuestiones formales: que el convenio contiene las menciones esenciales (las del artículo 229-3) y que se ha respetado el plazo de reflexión

cuestiones que hasta entonces eran propias de los jueces y que ahora, incluso, son compartidas, algunas de ellas, en sede judicial, con los Letrados de la Administración de Justicia; y en esa resolución se está desarrollando algo más que el control de legalidad: se está dirimiendo y declarando, en ciertos casos, sobre situaciones jurídicas».

⁴¹ GÓMEZ GÁLIGO, J., «Naturaleza de las decisiones del notariado en su función de jurisdicción voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre de 2017, p. 2: «Este carácter de funcionario público, de autoridad pública del Estado –aunque no funcionario administrativo– justifica la atribución al notario (igual que al juez, al letrado de la Administración de justicia y al registrador, que tampoco son funcionarios administrativos) funciones de jurisdicción voluntaria, muy cercanas como veremos a las jurisdiccionales por razón de su independencia y autonomía en la decisión. Notarios y registradores no son jueces, ni está integrados en la estructura del Poder Judicial, pero realizan funciones atributivas de derechos en el tráfico jurídico, de naturaleza cercana a la decisión judicial. Son para las partes de tanta importancia práctica que la que se pueda derivar de una sentencia, pues produce un efecto de legitimación en el tráfico jurídico».

⁴² VELA FERNÁNDEZ, C., y BUSTILLO TEJEDOR, L., «Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio», en *Separaciones y divorcios ante notario... op. cit.* pp. 149-200, p. 157.

⁴³ GRIMALDI, M., «L'exit du juge dans le nouveau divorce...», *op. cit.* p. 1.

de 15 días. Con ello, el legislador ha aproximado la labor del notario francés, de tipo latino, al del *notary public* anglosajón⁴⁴.

Ahora bien, si en el Derecho español el divorcio no se produce por el mero acuerdo de los cónyuges, no podemos obviar que el convenio de divorcio tiene una naturaleza contractual, ya que se basa en un acuerdo de las partes sobre la voluntad de divorciar y sobre las consecuencias del divorcio. Como señala Núñez Iglesias⁴⁵, «la idea contractual late en los textos prelegislativos» y en el texto legal, por lo que lo califica como contrato de divorcio, haciendo un paralelismo con el contrato de matrimonio. No podemos ahora abordar la cuestión de la naturaleza del matrimonio, ni siquiera de forma incidental, pero no compartimos la idea⁴⁶ de que «en ese divorcio toda la eficacia procede del simple acuerdo de voluntades» ya que eso sería reducir el otorgamiento de la escritura pública a una mera formalidad y ya hemos expuesto que es más acorde con la intención del legislador considerar que el notario realiza una homologación por lo que no creemos que en el Derecho español se pueda hablar de contrato de divorcio.

La disolución no se produce por el acuerdo de los cónyuges, del mismo modo que en el divorcio judicial por mutuo acuerdo en el que los cónyuges sometían un convenio regulador al juez tampoco se producía el divorcio por ese acuerdo de los cónyuges, ni siquiera en los casos en los que el juez no modificaba una coma del convenio. Esta homologación que realiza el notario al autorizar la escritura pública de divorcio no es únicamente un requisito de forma. Si no hay escritura pública no hay divorcio. La escritura pública produce, por tanto, la disolución del matrimonio. Es, como subraya Gómez-Riesco⁴⁷, constitutiva de un nuevo estado civil.

El límite de esta homologación que realiza el notario, al igual que la que realiza el Letrado de Administración de Justicia, es que

⁴⁴ PICARD, J., «Quel avenir pour le notaire français?», *Petites Affiches*, 1 de septembre de 2017, núm. 174-175, p. 5: «Le parallèle avec le notary public du système juridique de common law est intéressant: ces derniers ont pour fonction d'attester de la signature des parties à un contrat, donc plus généralement une mission d'authentification, bien qu'il puisse également participer à la rédaction de contrats.

La réforme opérée en matière de divorce est, pour le rôle du notaire, plus pernicieuse: certes, l'officier public devra procéder à l'authentification de la convention des époux, au même titre qu'un notary public. Mais l'obligation qu'il aura de vérifier que cette dernière respecte les exigences formelles établies à l'article 229-3 du *Code civil* permet de s'interroger quant au véritable rôle du notaire: ce faisant, ce dernier devient garant du formalisme d'un acte pour lequel il n'intervient pas».

⁴⁵ NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario...», *op. cit.* p. 162.

⁴⁶ NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario...», *op. cit.* p. 163.

⁴⁷ BUSTILLO TEJEDOR, L., y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio», en *Separaciones y divorcios ante notario...*, *op. cit.*, pp. 201-248, p. 229.

no podrá, y así lo recuerda Vela Fernández⁴⁸, como sí podía el juez, sustituir los acuerdos de los cónyuges que sean perjudiciales para uno de ellos por otras medidas. El notario debe dar por terminado el expediente sin que la ley le autorice a remitir la convenición a los cónyuges para que la revisen y la presenten de nuevo. Podría intentarse una interpretación en este sentido pero el tenor literal del segundo párrafo del artículo 90.2 creemos que lo impide: «los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador».

Por todo lo expuesto, consideramos que el divorcio por mutuo acuerdo en el ordenamiento español, no es un contrato. O, al menos, no es solo un contrato. Es el primer y esencial efecto del otorgamiento de la escritura pública que se realiza en un expediente de jurisdicción voluntaria en el que se «homologan» los «acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias» del divorcio, teniendo en cuenta que, como subraya Gómez Gállico, «la decisión del notario en los actos de jurisdicción voluntaria es de naturaleza pública». Los «acuerdos de los cónyuges» sí tienen naturaleza contractual, a pesar de la especialidad que supone que tengan que ser homologados por el notario, como antes por el juez. Pero el objeto de estos acuerdos no es el divorcio, sino, tal y como determina el artículo 90.2, «regular las consecuencias del divorcio». No cambia esta percepción el hecho de que tenga que constar la voluntad inequívoca de divorciarse, por lo que no compartimos la interpretación de Núñez Iglesias⁴⁹, para quien la disolución del vínculo es parte del contenido contractual. El contenido contractual del convenio regulador es, a nuestro modo de ver, y siguiendo lo que literalmente establece el artículo 90.2, la regulación de las consecuencias del divorcio y no el divorcio en sí, ya que esto afecta al estado civil y, como recuerda Cerdeira Bravo de Mansilla⁵⁰, resulta indisponible privadamente. Una prueba más de que la voluntad del legislador va en este sentido es que no se ha aprobado un divorcio por acta notarial, porque no se pretende que el notario simplemente de fe de un hecho acontecido, sino por escritura pública y el notario, como nos recuerda Gómez-Riesco⁵¹, desarrollará la triple tarea «de

⁴⁸ VELA FERNÁNDEZ, C., y BUSTILLO TEJEDOR, L., «Contenido y límites de la escritura notarial...», *op. cit.* p. 155.

⁴⁹ NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario...», *op. cit.* p. 164.

⁵⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcio por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunidad político y su exigencia constitucional», en *Separaciones y divorcios...*, *op. cit.*, pp. 47-81, p. 59.

⁵¹ BUSTILLO TEJEDOR, L., y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial...», *op. cit.* p. 228.

redactar la escritura que formaliza el convenio regulador, de controlar la legalidad de todo su contenido y de autenticarla».

Este desdoblamiento se pone de manifiesto en el régimen jurídico aplicable al post-divorcio pues, como veremos en unas páginas, es posible la revisión de los acuerdos de los cónyuges pero no es posible revisar ni volver atrás sobre el divorcio en sí mismo. Éste es irreversible.

Por otra parte, estos acuerdos están sometidos a los límites del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código civil y a otros límites propios de este tipo de negocio jurídico impuestos por el artículo 90.2: que no sea dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, de modo análogo a los límites propios de las capitulaciones matrimoniales que impone el artículo 1328 del Código civil. Es el juicio notarial de legalidad y equidad o lesividad el que permite verificar que dichos límites se respetan.

Este juicio es esencial y en él se juega no solo la naturaleza del divorcio sino también la supervivencia misma de la función notarial. Si el notario fuese un mero «constatador» del acuerdo, el paso siguiente será el divorcio por mutuo acuerdo ante abogado, como ha ocurrido en Francia, y, seguramente, el siguiente será el divorcio «*ante blockchain*». Y es que, a pesar de todas las imperfecciones, carencias y problemas que suscita el *blockchain* y que pone de manifiesto González-Meneses⁵² si reducimos el papel del notario

⁵² GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., «*Blockchain: ¿el notario del futuro?*», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 73, mayo-junio 2017: «Y después de esta sucinta explicación de cómo funciona *blockchain*, resulta procedente hacer algunas observaciones sobre su significado jurídico. Lo fundamental que hay que saber al respecto es que *blockchain* es una tecnología, un programa, una aplicación, una determinada forma de hacer algo, pero no es una empresa, ni una institución, ni una organización. *Blockchain* no pertenece a nadie, ni nadie es responsable de *blockchain*. Si llegase a funcionar mal, por lo que sea, y pierdo mi dinero en *Bitcoin*, no tengo nadie a quien reclamar. En segundo lugar, *blockchain* puede ser una herramienta muy segura como registro de una información frente a posibles manipulaciones o adulteraciones, pero no lo resulta tanto en cuanto a la forma de acceso de la información a dicho registro, a la forma en que se crea cada transacción registrable. Y ello porque todo el control de acceso de la información se hace descansar exclusivamente en la técnica criptográfica. Sólo quien conoce una determinada clave privada puede emplear como *input* de una nueva transacción registrable el *output* resultante de una transacción anteriormente registrada. Pero además, *de facto*, basta con la simple aplicación de esa clave privada para generar transacciones que una vez registradas devienen técnicamente irreversibles. Dicho de otra forma, la aplicación de la clave privada es condición necesaria o *sine qua non*, pero, al mismo tiempo, es condición suficiente para provocar una transferencia de valor registrable en el sistema y además técnicamente irreversible. Esto, evidentemente, plantea infinidad de cuestiones jurídicas, de las que el modelo, en principio, se desentiende: la cuestión ya aludida de las identidades reales que están detrás de las claves de encriptación; pero también, por supuesto, problemas de capacidad de obrar, de realidad del consentimiento, de uso ilegítimo de la clave por un tercero. Así, ¿nos parece realmente seguro un sistema en que toda nuestra fortuna dineraria depende del conocimiento confidencial de una o varias claves?»

al de mero «protocolizador» nada lo diferencia de la función que cumple el *blockchain*. Como ya hemos mencionado y posteriormente veremos con más detalle, este es el paso que ha dado el legislador francés, al relegar la labor del notario a la mera constatación del acuerdo de divorcio, atándole de pies y manos y desnaturalizando el carácter propio de su intervención.

No hay que despreciar el riesgo que provoca esta visión en un mundo globalizado en el que el Derecho se adapta a las evoluciones tecnológicas. En un ámbito diferente al del divorcio sin juez, el de las transmisiones de mini-bonos, el legislador francés⁵³ ha definido el *blockchain* como el dispositivo de registro electrónico compartido que permite la autenticación de las operaciones en condiciones de seguridad y determina, para los mini-bonos, que la transmisión de su propiedad resulta de la inscripción en dicho dispositivo electrónico. Es decir, que el registro o inscripción en el *blockchain* no es solo medio de prueba sino que produce la transmisión, tiene efectos sustantivos, lo que supone paso cualitativo importante.

Pues bien, si reducimos la labor del notario en el divorcio a la de mero «constatador», desposeyéndolo de la esencia de su función, lo convertimos en fungible, es decir, sustituible por este registro de transacciones único que autentifica. Precisamente, es esa esencia que el Derecho francés ha hecho desaparecer lo que, según Brancós⁵⁴, hace de dique de contención para la sustitución del notario por el *blockchain*⁵⁵. Este paso del legislador, en una direc-

⁵³ Artículo 223-12 del Código Monetario y Financiero en la redacción dada al mismo por la Ordenanza núm. 2016-520 de 28 de abril, relativa a los bonos de caja: «Sans préjudice des dispositions de l'article 223-4, l'émission et la cession de minibons peuvent également être inscrites dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification de ces opérations, dans des conditions, notamment de sécurité, définies par décret en Conseil d'Etat». Y el artículo 223-13 del mismo Código: «Le transfert de propriété de minibons résulte de l'inscription de la cession dans le dispositif d'enregistrement électronique mentionné à l'article 223-12, qui tient lieu de contrat écrit pour l'application des articles 1321 et 1322 du code civil».

⁵⁴ BRANCÓS, E., «*Blockchain*, función notarial y registro», *El Notario del siglo XXI*, núm. 71, enero-febrero 2017, p. 2: «Como se deduce del mecanismo expuesto, el *blockchain* es un sistema de registro, pero nada aporta en la función de control jurídico y de legalidad e información del consentimiento que aporta el notario en el documento público. El *blockchain* es ciego. Desconoce si los otorgantes tienen o no capacidad, si un poder de representación es suficiente, si se cumplen las normas imperativas propias del Derecho civil, urbanístico, medioambiental, societario, etc. En definitiva, el *blockchain* podría sustituir al registro pero no la función del notario latino-germánico».

⁵⁵ ZOLYNSKI, C., «*Blockchain* et smart contracts: premiers regards sur une technologie disruptive», *Revue de Droit bancaire et financier*, núm. 1, enero de 2017, dossier 4, p. 2: «La véritable révolution pourrait en réalité porter sur une refondation des outils de la confiance. Traditionnellement, la confiance repose sur l'intervention d'un tiers, un certificateur ou une autorité centrale. Or, avec la *blockchain*, la confiance pourrait désormais reposer sur l'existence de ce livre ouvert, décentralisé et infalsifiable, dont la constitution repose sur le principe du consensus distribué. Le protocole *blockchain* permettrait par conséquent de ne plus recourir à un tiers pour assurer et garantir l'historique des transac-

ción que no es novedad en Francia, preocupa a la doctrina⁵⁶ y el notariado⁵⁷ que alertan de que hay que ser vigilantes para no sacrificar los valores fundamentales del notariado «sobre el altar de la modernidad». Si se respeta la esencia del ejercicio de la función del notario, el *blockchain* nunca lo sustituirá⁵⁸.

III. CONDICIONES EXIGIDAS PARA EL DIVORCIO EXTRAJUDICIAL

Son muchas las opciones por las que el legislador debe decantarse al regular el divorcio por mutuo acuerdo fuera de sede judicial. La primera es quién puede recurrir al mismo, cuál es la capacidad exigida y si puede o no llevarse a cabo cuando existen hijos

tions, ce qui laisse envisager la potentielle désintermédiation de tous les opérateurs ou autorités qui assureraient une telle fonction. À ce titre, la philosophie qui sous-tend les premiers développements de la blockchain est édifiante: prolongeant l'idéologie originelle du cyberspace «no borders, no banks», elle semble porter une doctrine ultra libérale – pour certains libertaires – reposant sur la volonté de passer outre les intermédiaires historiques, notamment les établissements bancaires ou l'État; on se souviendra que la première application de la blockchain a été le bitcoin né du projet de créer une monnaie sans État. L'objectif est donc de promouvoir un fonctionnement horizontal, de placer la confiance dans le pouvoir de la multitude et d'ériger des règles de gouvernance fondée sur le consensus du plus grand nombre. Outil de promotion de ce pouvoir d'agir globalement, la blockchain permettrait selon certains de faire autrement société ensemble, sur le modèle d'une société décentralisée décrite dans les travaux de Jérémy Rifkin.

⁵⁶ GUÉVEL, D., «La technologie: un danger pour le Droit continental?», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 2145.

⁵⁷ VIX, O., «L'Assemblée de liaison s'interroge sur l'intelligence artificielle: dangers ou opportunités pour le notariat?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 4, 26 de enero de 2018, pp. 5-6.

⁵⁸ MEKKI, M., «Les mystères de la blockchain», *Recueil Dalloz*, 2017 p. 2160, p. 5: «La *blockchain* est un précieux outil de conservation. Certains envisagent alors de se passer des tiers de confiance et prévoient même à terme la disparition de certaines professions. Tel est le cas du notariat et de l'acte notarié. Selon les défenseurs de la *blockchain*, l'authentification apportée par cette technologie permettrait de garantir la même sécurité que l'intervention d'un notaire. C'est d'ailleurs à cette fin qu'un amendement a été déposé le 13 mai 2016 afin que la *blockchain* soit pourvue de la même force qu'un acte notarié. Cet amendement a été rejeté et il ne pouvait pas en aller autrement. En effet, l'acte notarié est un acte authentique ayant date certaine, une force probante exceptionnelle (jusqu'à inscription de faux) et force exécutoire. La *blockchain* peut au mieux conférer à l'acte date certaine et rien de plus. Pourquoi une telle différence? Si l'acte notarié comporte de telles qualités, c'est parce que le notaire est un officier public délégataire de la puissance publique. C'est ce statut soumis à des règles déontologiques très contraignantes qui lui confère la qualité de témoin privilégié. Lorsque le notaire authentifie un acte il prodigue un conseil aux parties, il en vérifie la validité et en garantit la pleine efficacité juridique. L'acte notarié ne concerne pas seulement l'*instrumentum* mais aussi et surtout le *negotium*. Dans une *blockchain*, aucune vérification de ce type n'est opérée. La capacité des personnes, le consentement libre et éclairé, la prestation, le but poursuivi par les parties et la faisabilité du projet ne sont pas contrôlés. La *blockchain* ne peut absolument pas se substituer à la fonction notariale. Elle peut, en revanche, constituer un nouvel outil au service du notariat qui saura l'intégrer à ses pratiques et enrichir l'activité du notaire 3.0; mais en aucun cas un acte *blockchainé* ne pourra valoir acte notarié».

menores o respecto de los que se haya puesto en marcha una medida de protección. Junto a las que hemos abordado en el epígrafe anterior, son las que conforman la naturaleza y esencia del divorcio fuera de sede judicial y, como veremos, las coincidencias entre el Derecho francés y el español, son casi inexistentes.

III.1 ACUERDO DE LOS CÓNYUGES: CAPACIDAD EXIGIDA

Como condición común a cualquier procedimiento de divorcio en el ordenamiento jurídico español, es necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

La segunda condición que exige el Código civil es que exista acuerdo entre los cónyuges. Este acuerdo debe referirse tanto a la voluntad de divorciarse como a los efectos del divorcio, incluyendo, en su caso, la liquidación de régimen económico matrimonial preexistente, aunque no es esencial que la liquidación se realice en la misma escritura de divorcio. Es decir que solo se abre la posibilidad del divorcio notarial al divorcio por mutuo acuerdo y, aunque no se explicita, sólo cuando los cónyuges eligen esta vía ya que pueden elegir sustanciarlo judicialmente pero, eso sí, no ante el juez sino ante el Letrado de Administración de Justicia.

El Código civil francés también lo circunscribe al divorcio por mutuo acuerdo, pero no permite a los cónyuges elegir ya que, cuando existe mutuo acuerdo, la vía judicial no es posible, se impone el divorcio por «acto de abogado». Ahora bien, como veremos en unas líneas, sorprendentemente, la ley concede a los hijos menores del matrimonio la posibilidad de judicializar el divorcio de sus padres.

En la reforma francesa tampoco es posible recurrir al divorcio sin juez cuando uno de los cónyuges se encuentra bajo un régimen de protección de los previstos en el Capítulo II del Título XI del Libro I del *Code*. Es decir, cuando esté bajo salvaguardia de justicia, tutela, curatela, habilitación familiar o un mandato de protección futura.

III.2 EXISTENCIA DE HIJOS MENORES ¿IMPEDIMENTO PARA EL DIVORCIO SIN JUEZ?

Una de las opciones de política legislativa que se deben realizar en la regulación del divorcio fuera de sede judicial se refiere a la cuestión de si se permite el divorcio por mutuo acuerdo fuera de sede judicial existiendo hijos menores. El Derecho francés lo permite y excluye la intervención del juez incluso en presencia de

hijos menores o con un régimen de protección pero, aunque parezca contradictorio, concede a esos hijos el «poder» de reconducir el divorcio de sus padres hacia un divorcio judicial.

Esta es también la opción del Derecho cubano y del colombiano que permiten su tramitación incluso en presencia de hijos menores o judicialmente incapacitados. Ahora bien, en estos dos ordenamientos jurídicos, ello es posible porque no se han excluido los instrumentos de control del interés superior del menor, en concreto, la intervención del Ministerio Fiscal. Se ha articulado lo que podríamos denominar un procedimiento mixto en el que interviene el Ministerio Fiscal⁵⁹.

Así, la legislación cubana impone expresamente al notario un deber de vigilancia especial de las convenciones de los cónyuges que afecten al ejercicio de la autoridad parental y a la obligación de alimentos. En este deber de vigilancia, el notario realiza un juicio de valor similar al que realiza el juez en un procedimiento de divorcio que asegure que las medidas adoptadas no atentan contra el normal desarrollo y cuidado de los hijos comunes, la adecuada interrelación de los hijos con los progenitores, la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos, el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres y la salvaguarda de los intereses de los hijos (artículo 4 del Decreto-Ley de 1994).

Si el notario detecta que los acuerdos de los cónyuges no respetan los criterios que hemos aludido, la ley pone en marcha un procedimiento en el que el notario debe dar traslado al Ministerio Fiscal de la solicitud de divorcio. El MF emitirá un dictamen sobre si los acuerdos respetan o no los intereses de los hijos. Si el dictamen es favorable, el notario podrá continuar la tramitación. Si es negativo, los cónyuges tendrán que modificar su propuesta en el sentido indicado por el informe. Si no lo hacen, el notario dará por finalizada la tramitación y se abrirá la vía judicial.

Este procedimiento para salvaguardar el interés superior del menor es el que permite la tramitación del divorcio ante notario en presencia de hijos menores en el Derecho cubano. Es similar al que se arbitra en el Derecho colombiano con la diferencia de que, es este, siempre que existen hijos menores es obligatorio para el notario notificar en todo caso los acuerdos al «defensor de familia», sin necesidad de hacer una valoración de los mismos.

No ha sido esta, sin embargo, la opción elegida por el legislador español. La Ley de Jurisdicción Voluntaria deja claro que no es posible la desjudicialización cuando se ven afectados los intereses de menores o de personas que deben ser especialmente protegidas.

⁵⁹ PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo...», *op. cit.* p. 335.

El legislador no ha optado por un procedimiento mixto en el que el notario solicita la intervención del Ministerio Fiscal para que éste dictamine acerca de si los acuerdos de los cónyuges respetan el interés superior del menor⁶⁰.

Así, el divorcio notarial, sólo será posible cuando no existan hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente «que dependan de sus progenitores» lo que parece extensible al supuesto en el que la esposa esté embarazada al tiempo del divorcio⁶¹. Ahora bien, el texto del artículo 82 no se refiere expresamente a «hijos comunes», por lo que surge la duda de si será posible o no recurrir al divorcio notarial cuando existan hijos menores de uno solo de los cónyuges, posibilidad que niegan algunos autores pero que la práctica y la jurisprudencia aún no ha resuelto.

Sí será posible cuando existan hijos mayores, pero, en este caso, si las medidas acordadas por los progenitores les afectan, el artículo 82 del Código civil, exige que consientan las mismas, sin que se haya establecido claramente cuál es la consecuencia de una eventual negativa a consentir ¿pueden impedir que se otorgue la escritura pública de divorcio?

Ese es, precisamente, el poder que el *Code* atribuye a los hijos menores en el divorcio sin juez francés. El artículo 229-2 1.º) establece que cuando el menor, que ha sido informado por sus progenitores de su derecho a ser oído por el juez, solicite tal audición, se abre la vía judicial y no se permite continuar con la tramitación privada del divorcio. Es lo que la doctrina⁶² denomina «pasarela» del divorcio consensual al judicial, que está vetada a los cónyuges. En caso de que el menor no desee hacer uso de este derecho, el artículo 229-3, 6.º), exige que conste expresamente la mención de que le menor ha sido informado por sus padres de su derecho y que no desea ejercitarlo⁶³. La *Arrêté* de 28 de diciembre de 2016 ha aprobado el modelo de formulario de información que ha de entregarse a los hijos «capaces de discernimiento» y que exige la firma de estos.

La doctrina ha criticado⁶⁴ este «poder» que se concede al menor por las consecuencias nefastas que puede tener sobre el mismo

⁶⁰ La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia consagra en su artículo 2 qué se entiende por interés superior del menor, así como las garantías procesales que exige su respeto. Entre otras, el derecho a ser informado, oído y escuchado.

⁶¹ GOMÁ, F., *Escritura de divorcio ante Notario de mutuo acuerdo*, www.notarios-yregistradores.com, p. 2.

⁶² CADIU, M., «Une passerelle à l'endroit... une passerelle à l'envers», *AJ Famille*, 2017, p. 45.

⁶³ La *Arrêté* de 28 de diciembre de 2016, JORF núm. 0304 du 31 décembre 2016.

⁶⁴ BURATTI, P., «Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nou-

desde un punto de vista afectivo o psicológico, descargando sobre él la responsabilidad de que el divorcio de sus padres sea judicial o convencional, asociándolo a una decisión que, en realidad, no le concierne, sacrificando la protección de su interés superior por otras consideraciones y sin tener en cuenta el riesgo de instrumentalización⁶⁵. Pero, además, son numerosas las dudas que plantea esta posibilidad: ¿quién aprecia si los hijos tienen o no «capacidad de discernimiento»? ¿Los padres? ¿Interviene el abogado? Así lo entiende Lienhard⁶⁶ para quien los abogados deberán asegurarse del discernimiento del menor y evitar que la demanda de audición del menor se pueda utilizar artificiosamente para obtener una «pasarela» hacia un divorcio judicial ya que, como decimos, en la nueva regulación el divorcio por mutuo acuerdo ha de hacerse obligatoriamente por acto de abogado.

veau divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2017, p. 30, p. 1: «Il nous apparaît dangereux de trop responsabiliser l'enfant... Ne faut-il pas se questionner sur la nécessité de le protéger de toute responsabilité précoce? Les adultes ne peuvent échapper à leur responsabilité en s'en remettant au choix de l'enfant ou à un formulaire qui, pour certains d'entre eux, peut avoir des conséquences psychologiques graves. C'est pourquoi, il eût été peut-être utile d'inclure dans les nouveaux textes le droit au silence».

⁶⁵ MALLEVAEY, B., «L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel», *Petites Affiches*, 29 de junio de 2017, núm. 129, p. 6, p. 11: «Si le pouvoir reconnu à l'enfant mineur par la réforme du divorce par consentement mutuel est important, la responsabilité qui pèse sur ses épaules l'est tout autant. Il a été dit que les parents pourraient tenter de dissuader l'enfant de demander à être entendu par le juge, en lui faisant part des conséquences néfastes qu'aurait pour eux une judiciarisation de leur divorce consécutive à sa demande d'audition. Il se peut néanmoins que l'enfant ne prenne pas réellement la mesure des conséquences d'une demande d'audition, que de ce fait il formule une demande en vue d'être entendu par le juge aux affaires familiales, et qu'ensuite ses parents le culpabilisent d'avoir manifesté son souhait d'être entendu, lequel a eu pour effet de judiciariser leur divorce. Le risque d'une culpabilisation de l'enfant par ses parents est encore plus vif lorsque le juge, estimant que les accords auxquels étaient parvenus les parents au sujet des modalités d'exercice de l'autorité parentale ne préservent pas suffisamment les intérêts des enfants mineurs, refuse d'homologuer la convention et de ne pas prononcer le divorce. Un autre risque pourrait être que l'un des parents, qui ferait mine d'accepter les accords envisagés par son époux dans le cadre des négociations portant sur la convention de divorce mais n'y trouverait pas réellement son compte et préférerait s'en remettre à un arbitrage du juge, instrumentalise l'enfant, de façon à ce qu'il demande son audition, dans le but que le divorce emprunte la voie judiciaire. L'instrumentalisation pourrait également être le fait des deux parents, qui souhaiteraient économiser les frais liés à la rémunération de deux avocats distincts et, partant, détermineraient leur enfant à demander son audition par le juge, de sorte qu'une procédure judiciaire pourrait être engagée, avec la possibilité pour les parents de se faire assister d'un seul avocat commun. Enfin, il ne faut pas négliger l'hypothèse dans laquelle les parents se seraient accordés pour des modalités d'exercice de l'autorité parentale parfaitement respectueuses de l'intérêt de leur enfant, mais où ce dernier ferait usage de la faculté qui lui est reconnue de demander son audition par le juge, simplement parce qu'il refuse que ses parents divorcent et souhaite retarder l'échéance fatidique».

⁶⁶ LIENHARD, C., «Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel», *AJ Famille*, 2017, p. 40, p. 2: «Les avocats auront également comme tâche d'accompagner l'expression de la demande d'audition, de s'assurer du discernement de l'enfant pour que l'information dont il va être destinataire puisse lui être donnée et comprise et, là encore, éviter tout dévoiement relatif à une utilisation artificielle d'une demande d'audition pour obtenir une sécurité judiciaire par voie d'homologation».

En realidad, bajo nuestro punto de vista, aunque parece que se concede un gran poder a los hijos menores⁶⁷, la reforma los deja totalmente desvalidos ya que no es posible estar seguros de que los padres han informado a los hijos con suficiente discernimiento. Además, por si no era suficiente atribuir a los abogados la facultad de dar fe de las firmas de los cónyuges, también los padres se ven legitimadores de la firma del menor, son ellos quienes «dan fe» de la autenticidad de su firma en el formulario ya que son ellos quienes informan a los menores y transmiten el documento firmado. Realmente, esta es una de las partes más descabelladas de la reforma del *Code* y uno de los motivos que ha provocado la denuncia del profesor Nourissat⁶⁸ y otros abogados ante la Comisión Europea al considerar que no se ha protegido suficientemente el interés superior del menor.

IV. TRAMITACIÓN DEL DIVORCIO

IV.1 INTERVENCIÓN NOTARIAL

IV.1.1 Cuestiones de competencia

Antes de profundizar en el tema del papel que la ley ha reservado al notario en este nuevo divorcio, la primera cuestión que debemos abordar es la de cuál es el notario competente. En Cuba y Colombia se consagra la competencia universal del notario, de modo que los cónyuges pueden elegir libremente el que sea de su preferencia, lo que ha sido criticado por la falta de seguridad jurídica que puede provocar⁶⁹. Más restrictivo es el ordenamiento jurídico

⁶⁷ MAUGER-VILPEAU, L., «Le divorce par consentement mutuel sans juge et l'enfant», *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, núm. 11, page 4: «La loi nouvelle a donc choisi de placer l'enfant au coeur du divorce par consentement mutuel».

⁶⁸ NOURISSAT, C., «Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 20, 19 de mayo de 2017, act. 548, p. 2: «En second lieu et c'est beaucoup plus grave, s'agissant des droits de l'enfant, la loi française ne n'assure pas la sauvegarde de l'intérêt supérieur du mineur. D'une part, en application de l'article 41 du règlement Bruxelles II bis, pour qu'une décision relative au droit de visite d'un parent soit reconnue en Europe, il faut vérifier qu'elle ait été prise après l'audition de l'enfant, sauf s'il est jugé (par un tiers impartial) qu'elle n'est pas opportune. Or la nouvelle procédure de divorce écarte totalement l'intervention du juge, qui est ce tiers impartial. D'autre part, s'agissant du droit de l'enfant à « *entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents (...)* », prévu par l'article 24 § 3 de la Charte, aucune obligation ne pèse sur le notaire et les avocats des parties visant à s'assurer du respect et de la protection de ce droit, le notaire n'ayant aucune compétence en la matière».

⁶⁹ PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica», *op. cit.* p. 346.

co peruano que limita la competencia al notario del lugar de celebración del matrimonio o al del último domicilio común.

En el Derecho español, para reforzar el carácter de su intervención como funcionario público, guardando paralelismo con la competencia judicial de los procedimientos judiciales de divorcio, se establecen criterios de competencia territorial. El artículo 54 de la Ley del Notariado establece que será competente el notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes. Dentro de los notarios competentes para actuar en esa circunscripción territorial, los cónyuges podrán elegir libremente.

Los puntos de conexión enumerados, señala García Pérez⁷⁰, tienen carácter alternativo por lo que los cónyuges pueden elegir libremente cualquiera de ellos. El notario debe verificar de oficio su competencia y negar la autorización de la escritura pública si no se cumple un criterio de conexión. Sin embargo, como pone de manifiesto el mismo autor⁷¹, la ley no ha tenido en cuenta la posibilidad de que se inicie la tramitación del divorcio ante un notario cuando ya está siendo tramitado ante otro o ante Letrado de la Administración de Justicia.

El Derecho francés se aproxima más al cubano o colombiano, instalando una competencia universal en el más amplio sentido del término pues, como pone en evidencia Boiché⁷², no sin gran preocupación, se ha aprobado un texto que «permite obtener un divorcio convencional en Francia sin que en ningún momento se plantee o se deba verificar la competencia de las autoridades francesas». Como subraya Galliez⁷³, la reforma no contiene norma alguna sobre la competencia territorial ni interna ni internacional, lo que lo convierte⁷⁴ en un «divorcio sin foro».

⁷⁰ GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario...», *op. cit.* p. 112.

⁷¹ GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales...», *op. cit.* p. 106.

⁷² BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen...», *op. cit.* p. 2: «En effet, à aucun moment dans le texte de la loi ou du décret, il n'est prévu que les parties devront justifier de la compétence de l'ordre juridique français pour divorcer en France. Le texte ne définit aucune règle de compétence *ratione loci*. Il ouvre donc la possibilité à tout couple marié quel que soit le lieu de sa résidence habituelle ou sa nationalité de divorcer conventionnellement en France. Aucun contrôle n'est exercé».

⁷³ GAILLEZ, L., «La reconnaissance du divorce par consentement mutuel en DIP», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 48, 1 de diciembre de 2017, pp. 26-30, p. 26: «Hormis les auteurs de la circulaire du ministère de la Justice du 26 janvier 2017, la plupart des commentateurs considèrent que le législateur a négligé d'intégrer la dimension internationale dans sa réforme du divorce par consentement mutuel. Sur le plan du droit européen, celle-ci semble laisser de côté les règles de territorialité, de détermination de la loi applicable et de reconnaissance transfrontalière établies par les règlements».

⁷⁴ HAMMJE, P., «Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d'un divorce sans fore», *Revue Critique de droit international*

Los abogados no están sometidos a reglas de competencia por lo que nada impedirá que dos extranjeros, sin ninguna vinculación con Francia, recurran a divorciarse allí, por la rapidez o la facilidad para obtenerlo. Una vez firmado el acto de divorcio, cualquier notario es competente para su protocolización, aunque, de modo análogo a lo que ha previsto la reforma del Derecho español, no se atribuyen estas competencias a los consulados. Ahora bien, como evidencia Boiche⁷⁵, nada exige que los abogados sean franceses, por lo que se podrá llevar a cabo por abogado extranjero y en otro idioma, como autoriza el artículo 1146 del Código de procedimiento civil, tras la redacción dada al mismo por el Decreto de 18 de noviembre de 2016. Posibilidad esta que autores como Labbé⁷⁶ consideran ilegal ya que, si no importa la nacionalidad del cliente, ni la del abogado, la Ley de 4 de agosto de 1994 impone, al menos, la redacción en francés de los actos y contratos para los que una persona privada ejecuta una misión de servicio público y, para él, el abogado realiza una misión de servicio público.

También en el ordenamiento jurídico español es posible que el notario autorice la escritura de divorcio de dos extranjeros pero, como subraya García Pérez⁷⁷, es necesario que el notario sea territorialmente competente. Este requisito no se ha previsto en la reforma francesa por lo que nada impedirá que un notario francés protocolice el acto privado de divorcio de dos ciudadanos sin nacionalidad francesa, sin residencia ni domicilio en Francia, redactado por dos abogados extranjeros y en lengua extranjera, es decir, como advierte Devers⁷⁸, sin ninguna conexión con Francia. Cuestión distinta, en la que ahora no procede detenerse, es la ley que se aplicará a ese divorcio, que tampoco tiene por qué ser la francesa.

IV.1.2 La formalización del divorcio ¿documento público o privado?

La intervención del notario al otorgar una escritura pública genera tres efectos íntimamente ligados a su ministerio: fecha cierta, fuerza ejecutiva y fuerza probatoria. Si la intervención de míni-

privé, 2017, p. 143.

⁷⁵ BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen...», *op. cit.* p. 1.

⁷⁶ LABBÉE, X., «Jean-Jacques Urvoas face à François Ier et au divorce par consentement mutuel en langue étrangère», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 358.

⁷⁷ GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario...», *op. cit.* p. 113.

⁷⁸ DEVERS, A., «Le divorce sans juge en droit international privé...», *op. cit.*, p. 1: «Après le spectre du "tourisme du mariage gay et lesbien", se profile aujourd'hui celui du divorce sans juge!».

mos que el legislador francés ha reservado al notario en el divorcio sin juez hace dudar de que estos tres efectos se produzcan por la mera protocolización, en el caso de la legislación española, como ya hemos visto, su intervención se ha diseñado de modo más acorde con su rol tradicional, aunque seguramente va a suponer una cierta adaptación o cambio de mentalidades en el ejercicio de la profesión. Como subrayan Lora-Tamayo y Pérez Ramos, «es muy difícil sostener que el notario sea un simple testigo de lo que manifiestan las partes». El notario no es un juez pero «pasa a resolver sobre cuestiones que hasta entonces eran propias de los jueces» y debe ir más allá. Como ya hemos expuesto, además del control de legalidad, debe comprobar «que se ha guardado el equilibrio exigible en el convenio regulador»⁷⁹.

Expresamente niega esta posibilidad para el divorcio sin juez francés la Circular⁸⁰ del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 2017 que limita la intervención del notario al juicio de legalidad excluyendo expresamente que pueda realizar un juicio de equidad. Sin embargo, vistas las atribuciones que se le conceden, autores como Torricelli-Chrifi⁸¹ consideran que ni siquiera podrá llevar a cabo el control de legalidad ya que no se trata de un acto redactado por el notario sino únicamente protocolizado por él. Insiste Brenner⁸², «no hemos querido hacer del notario una autoridad de homo-

⁷⁹ LORA-TAMAYO, I., y PÉREZ RAMOS, C., «Prólogo», en la obra *Separaciones y divorcios ante notario...*, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁰ Circulaire de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, del 26 de enero de 2017, Ficha 6: «Si le notaire n'a pas à contrôler le contenu ou l'équilibre de la convention, il doit, avant de pouvoir effectuer le dépôt de la convention au rang de ses minutes, vérifier la régularité de celle-ci au regard des dispositions légales ou réglementaires. Pour autant, s'il est porté manifestement atteinte à l'ordre public (une clause qui évincerait les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation ou une clause de non-remariage par exemple), le notaire, en sa qualité d'officier public, pourra alerter les avocats sur la difficulté».

⁸¹ TORRICELLI-CHRIFI, S., «Divorce contractuel: le notaire doit-il fermer les yeux?...», *op. cit.* p. 2: «Le contrôle de légalité se distinguerait-il de l'obligation de validité telle que conçue par la jurisprudence? Cette obligation signifie que le notaire doit procéder à certaines vérifications qui concernent les données de fait autant que les données de droit. Celles-ci visent les droits des parties mais aussi la conformité de l'acte au droit positif. Le notaire est donc le garant de la validité de l'acte, laquelle conditionne nécessairement son efficacité. Le contrôle de légalité semblerait alors se fondre dans cette obligation de validité. Le terme «légalité» aurait seulement l'inconvénient de n'appréhender le droit positif qu'à travers la loi, ignorant les autres sources du droit, au premier rang desquelles se situe la jurisprudence. Toutefois, ces obligations de validité et d'efficacité non concernent que les actes rédigés par le notaire. Or, si l'acte de dépôt est bien rédigé par lui, il n'en est pas ainsi de la convention de divorce. Seul le premier aurait pu être soumis à de telles obligations. Remarque cependant, en précisant que les époux ne sont pas reçus par le notaire, la circulaire rend cette éventualité fictive».

⁸² BRENNER, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel: retour à l'an II?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 8, 24 de febrero de 2017, p. 10: «Il

logación de la convención de divorcio reemplazando al juez». Y esto, en palabras del profesor Mekki⁸³, convierte al notario en un mero registrador y pone en peligro el futuro de la profesión⁸⁴.

En el divorcio sin juez del Derecho francés, aquel se produce por «acto de abogado» (*acte contresigné par avocat*). Se trata de una categoría creada por el legislador en el año 2011, regulada en los artículos 1372 a 1327 del *Code* consecuencia de los trabajos de la Comisión *Darrois*⁸⁵. Este acto, como precisa el artículo 1374 del *Code*, da fe de la firma de las partes lo que, supone una fuerza probatoria superior al acto privado clásico, pero carece de fuerza ejecutiva⁸⁶. Quizás ese es el único motivo por el que no se ha prescindido totalmente del notario, porque la protocolización le confiere fecha fehaciente y fuerza ejecutiva, lo que no impide que los abogados sugieran la posibilidad de conferir tal fuerza al acto de abo-

en résulte assurément que le notaire n'est pas habilité à vérifier l'équilibre de la convention, la liberté et le caractère éclairé du consentement des époux, non plus qu'à procéder à une vérification d'écriture et de signature ainsi qu'il procède à l'accoutumée en cas de dépôt authentifiant, puisque cette dernière vérification relève de l'office même de l'avocat dans l'acte contresigné par lui».

⁸³ MEKKI, M., «Divorce hors le juge: le notaire doit-il devenir un greffier?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 19, 13 de mayo de 2016, Dos. 610, p. 6: «Les notaires deviennent dans cette hypothèse de simples chambres d'enregistrement! Cette dernière remarque permet alors de mieux cerner le choix politique discret mais bien réel opéré par le législateur».

⁸⁴ MEKKI, M., «Divorce hors le juge: le notaire doit-il devenir un greffier?...», *op. cit.* p. 6: «Cette réduction de la fonction notariale est très dangereuse pour la profession car elle présage une répartition future du travail rédactionnel des plus inquiétants. Le législateur fait mine d'oublier que l'authentification est un processus reposant sur trois étapes: dresser, vérifier, conserver (*L. Aynès (dir.)*, *L'authenticité, La documentation française*, 2013, p. 82 et s.). Le notaire n'est pas une machine à enregistrer les actes. Il fabrique l'acte et il en garantit la véracité et la pleine efficacité. Le notaire n'est pas un *public notary*. Toute intervention du notaire est inextricablement liée à son statut. Par voie de conséquence, toute intervention du notaire pour instaurer une plus grande sécurité juridique suppose l'accomplissement d'un acte authentique. Si une répartition du travail entre avocat et notaire est envisageable, c'est à la condition qu'un véritable acte authentique vienne clore le processus du divorce, acte authentique qui engage pleinement la responsabilité du notaire. Cette valorisation du travail de l'avocat au prix d'une dévalorisation du travail du notaire n'est pas acceptable. D'autant, rappelons-le, que le but poursuivi par le Gouvernement, s'exprimant par la bouche de son ministre de l'Économie, Emmanuel Macron, a été de réformer les professions réglementées afin de réduire le coût des transactions et d'augmenter le pouvoir d'achat des ménages. En imposant l'intervention de deux avocats et en y ajoutant un notaire, ne va-t-on pas au contraire augmenter considérablement le coût pour les personnes souhaitant divorcer? Un seul acte devrait suffire».

⁸⁵ *Rapport sur les professions du droit*, Ministère de la Justice, accessible en www.justice.gouv.fr

⁸⁶ COIFFARD, D., «Authenticité et force exécutoire. L'arbre et le fruit», *La Semaine Juridique Notariale Immobilière*, núm. 6, 9 de febrero de 2018, pp. 21-26, p. 22: «L'acte contresigné est donc doté d'une force probante accrue par rapport à l'acte sous seing privé classique (puisque il n'est pas possible de dénier sa signature), et son utilisation fait présumer que les parties ont été dûment conseillées par l'avocat (d'où l'éviction des mentions manuscrites destinées à protéger le consentement des signataires, par exemple en matière de cautionnement). Demeure hors de sa portée la force exécutoire, en cohérence avec l'absence de statut d'officier public reconnu à l'avocat lequel, au contraire, revendique une indépendance vis-à-vis de l'État».

gado⁸⁷, que, a pesar de los efectos que despliega, sigue siendo un documento privado.

Ya hemos visto cómo en el Derecho español el notario no se limita a protocolizar. El divorcio no se produce por acto privado protocolizado por notario sino por escritura pública. Con ello, el legislador asume lo que era el sentir de la doctrina antes de la reforma⁸⁸, sin reducir el papel del notario. Al contrario, su intervención será plena y conlleva las obligaciones y funciones habituales de la profesión. En concreto, la función de asesoramiento, el juicio de capacidad y el control de legalidad, además, como ya hemos señalado, debe realizar el juicio de equidad o lesividad, al que con gran acierto se refiere Gómez-Riesco⁸⁹ como «control de autoridad» que es, incluso, más extenso que el judicial.

El notario asume un papel relevante ya que debe realizar un juicio de valor sobre la forma y el fondo del convenio que presentan los cónyuges, de modo que puede, y debe, rechazar seguir con la tramitación del divorcio si considera que es perjudicial para uno de los cónyuges.

Ahora bien, esto ha sido interpretado en sentido de «mínima intervención» pues, como subraya Gomá⁹⁰, el daño o perjuicio deben ser evidentes, no basta un mero desequilibrio aparente. En el mismo sentido se manifiesta Hijas Cid⁹¹, para quien el control de lesividad debe basarse en el principio de mínima intervención para evitar generar un conflicto donde las partes han alcanzado un acuerdo. Ahora bien, como señala Haro Grande, el notario debe asegurarse que el convenio no perjudica a uno de los cónyuges⁹². Vela Fernández no está de acuerdo con el principio de mínima intervención ya que no considera ajena a la labor del notario el control de lesivi-

⁸⁷ LIENHARD, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une révolution culturelle», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 307, p. 2.

⁸⁸ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Divorcio notarial y convenio regulador...», *op. cit.*, p. 2.: «Lo que no está tan claro es cuál será el papel del notario en el aspecto relativo a la formalización del acuerdo, pues si éste se limita sin más a protocolizar el convenio en escritura, su función, en mi opinión, no servirá absolutamente para nada, por no mencionar que se contravendría lo dispuesto en el Reglamento del Notariado en cuanto a la labor desempeñada por aquél».

⁸⁹ BUSTILLO TEJEDOR, L., y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial...», *op. cit.*, p. 227: «Tales actos siguen sujetos en todo caso a límites de derecho necesario, habida consideración de la extraordinaria trascendencia personal, afectiva, ética, social y patrimonial del matrimonio. Por esas mismas razones sigue siendo preciso un control de autoridad, que debe entenderse reforzado cuando se opta por la actuación notarial, la cual no contrae sus efectos a los mínimos extremos del artículo 90 CC sino a toda la extensión del convenio, es decir, de la propia escritura –pues el convenio se instrumenta en escritura».

⁹⁰ GOMÁ, F., «Escritura de divorcio ante Notario...», *op. cit.* p. 2.

⁹¹ HIJAS CID, E., «El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: naturaleza, contenido y límites», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2016.

⁹² HARO GRANDE, E., *El notario y las nuevas competencias matrimoniales tras la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: un paso más hacia la autonomía de la voluntad*, 5 noviembre 2016, www.noticias.juridicas.com.

dad, pero si propugna su utilización con prudencia⁹³. Más drástico se muestra Cerdeira Bravo de Mansilla⁹⁴, para quien una interpretación reduccionista del artículo 90.2 «no será otra cosa que hacer apología de la rebeldía al mandato legal» y, entendemos nosotros, facilitaría la supresión, en una futura reforma, de la intervención del notario, siguiendo la senda emprendida por el legislador francés.

Las dificultades pueden surgir si un notario, en su juicio de legalidad o de equidad, considera que el acuerdo es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y rechaza continuar la tramitación. Esta denegación del notario ¿puede ser impugnada? Señala Gómez Gállico⁹⁵ que cabe recurso de queja y «podrá valorarse si tiene razón o no el notario desde el punto de vista procedimental o de interpretación normativa, pero nunca podrá revocarse la decisión sustantiva de la falta de equidad de la medida que se solicita».

El problema es que la Ley no ha previsto la constancia de tal circunstancia en ningún registro por lo que los cónyuges podrán dirigirse a otro notario quien, con un criterio diferente, considere el acuerdo válido y no perjudicial y proceda al otorgamiento de la escritura pública. Aunque la práctica⁹⁶ está decantando la inclusión de una declaración en la escritura de divorcio por la que los cónyuges manifiestan que «el convenio no ha sido anteriormente presentado a otro notario o secretario judicial que lo haya rechazado por las razones contenidas en el artículo 90.2 del Código civil», no existe garantía de que dicha declaración falte a la verdad, ni modo de verificarlo.

IV.2 INTERVENCIÓN DE ABOGADOS: LA REVOLUCIÓN CULTURAL FRANCESA⁹⁷

En los ordenamientos que admiten el divorcio sin juez, la ley ha buscado otros profesionales del Derecho como protagonistas del nuevo divorcio que, en ningún caso, se convierte en un asunto a resolver sólo «entre cónyuges». En el Derecho francés ese protagonismo lo asumen los abogados de los que, como subraya Blanchard⁹⁸, su papel se ha visto incrementado cuantitativa y cualitati-

⁹³ VELA FERNÁNDEZ, C., y BUSTILLO TEJEDOR, L., «Contenido y límites de la escritura notarial...», *op. cit.* p. 159.

⁹⁴ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España...», *op. cit.*, p. 72.

⁹⁵ GÓMEZ GÁLIGO, J., «Naturaleza de las decisiones del notariado...», *op. cit.*, p. 5.

⁹⁶ LÓPEZ CANO, J., «Formularios notariales: Ley de Jurisdicción Voluntaria, subastas notariales y concordancia entre el Catastro y el Registro», *La Ley*, 2015.

⁹⁷ Esta es la expresión que utiliza LIENHARD, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une révolution culturelle...», *op. cit.*

⁹⁸ BLANCHARD, C., «La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé...», *op. cit.*, p. 1.

vamente. El abogado se ha convertido, en metáfora de Lienhard, en director de orquesta⁹⁹.

En las demás legislaciones referidas, como hemos visto, el papel principal ha sido atribuido al notario, pero esto no supone la no intervención de abogados. Ahora bien, esa intervención puede estar impuesta por la ley o articularse como optativa.

Habitualmente la intervención de notario hace innecesaria la intervención de abogados, teniendo en cuenta su labor de asesoramiento y su obligación de velar por los intereses de la parte débil. Ello no impide que, si las partes lo desean, puedan estar asistidas de un abogado. En materia de divorcio se puede seguir esta regla general, y eso es lo que ha hecho el legislador cubano, que en el artículo 2 del Decreto-ley de 1994 establece como optativa, pero no obligatoria, la asistencia de abogado.

En Perú y Ecuador, sin embargo, se exige que la solicitud esté firmada por abogado, pero el divorcio no es un «acto de abogado» como en el Derecho francés. En España, como ya hemos indicado, la filosofía que subyace en la reforma es que el notario sustituye al juez y no a los abogados por lo que el papel de estos será el mismo que en sede judicial, de asesoramiento de su cliente. La ley impone su intervención como obligatoria y, aunque de la redacción de la ley no queda claro, autores como Haro Grande¹⁰⁰ han interpretado que es posible que estén asistidos de un solo abogado ya que así se permite para el divorcio de mutuo acuerdo en sede judicial.

Nada de esto ha ocurrido en el Derecho francés. La reforma constituye una «revolución» en cuanto al papel del abogado¹⁰¹. La primera constatación es que son necesarios dos abogados. Pero, sobre todo, lo que ha cambiado es la naturaleza de la intervención del abogado ya que, como hemos visto, el legislador ha desposeído al notario de parte de sus competencias tradicionales para atribuírselas a aquél a través de este «acto privado refrendado por abogado». Tradicionalmente, los abogados velan por los intereses de sus clientes pero, además, en esta ocasión, serán ellos los que tendrán que realizar un juicio de capacidad de los cónyuges y vigilar que se respete el interés superior de los menores. Incluso, son los abogados los que autentifican la firma de los cónyuges lo que muestra, como indica Lienhard¹⁰² su potencia y densidad en el divorcio sin

⁹⁹ LIENHARD, C., «Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat...», *op. cit.* p. 2: «Les avocats sont désormais les femmes et les hommes chefs d'orchestre du divorce; ce qui leur offre l'opportunité de mettre en valeur et en évidence leurs compétences».

¹⁰⁰ HARO GRANDE, E., «El notario y las nuevas competencias matrimoniales...», *op. cit.*

¹⁰¹ FULCHIRON, H., «Divorce sans juge. A propos de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle», *JCPG*, 2016, 1267.

¹⁰² LIENHARD, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel...», *op. cit.*, p. 1: «Il appartient aux seuls avocats de bâtir et de sécuriser la convention des époux qui divor-

juez, ya que el legislador «ha transferido las funciones de control y protección» del juez a los abogados. Y, lo que es más inquietante, se le atribuye fuerza ejecutiva, por la simple protocolización, sin que el notario haya intervenido ni de lejos ni de cerca en la redacción de la convención, ni haya legitimado las firmas, ni haya verificado, simplemente, la capacidad de los cónyuges. Posteriormente volveremos sobre esta cuestión.

IV.3 INTERVENCIÓN PERSONAL O POR REPRESENTANTE

Una de las cuestiones más debatidas en el nuevo divorcio notarial del Derecho español es la necesidad o no de que los cónyuges comparezcan personalmente. El tenor literal del artículo 82 del Código civil establece que «los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal». Este artículo no parece ser lo suficientemente claro ya que para algunos autores¹⁰³ no existe justificación para limitar la posibilidad de que los cónyuges comparezcan por representación. No es el criterio seguido por otros¹⁰⁴ que estiman que los cónyuges deben estar presentes y a la vez.

Es en este sentido que se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en una resolución de 7 de junio de 2016¹⁰⁵, que exige la intervención personal y simultánea de los cónyuges¹⁰⁶, alejándose así de la solución del Derecho cubano en el que el Decreto-ley contempla expresamente la posibilidad de solicitar el divorcio ante notario mediante representante. Además, si la representación es por abogado, podrá uno sólo representar a ambos cónyuges.

cent, avec le concurs *in fine* du notaire qui sera dépositaire de la convention au rang de ses minutes après un contrôle formel encadré».

¹⁰³ PÉREZ HEREZA, J., *Divorcio notarial: problemas prácticos*, www.elnotario.es, p. 2: «En definitiva, no parece que exista una justificación a esta limitación habida cuenta que, ya sea en el otorgamiento de la escritura de poder o en el otorgamiento de la escritura de divorcio el cónyuge prestará su consentimiento ante la misma autoridad (el notario) y que, si se quiere limitar la representación por la importancia del acto, bastaría con rodear al otorgamiento del poder de los mismos requisitos que se exigen a la escritura de divorcio (asistencia letrada e incorporación del convenio regulador).

¹⁰⁴ GOMÁ, F., «Escritura de divorcio ante Notario...», *op. cit.* p. 1: «Los cónyuges deben estar presentes y a la vez, sin que sea admisible poder o representación verbal por mandatario u otorgamientos sucesivos».

¹⁰⁵ Resolución consulta de 7 de junio de 2016 de la DGRN (accesible mediante consulta ante el Ministerio de Justicia ya que no es objeto de publicación en el «BOE» ni en la página del Ministerio).

¹⁰⁶ PÉREZ HEREZA, J., «Divorcio notarial: problemas prácticos...», *op. cit.* p. 2: «Es verdad que se trata de una mención incidental, pues la Resolución fue dictada con ocasión de una consulta formulada sobre cuestiones de Derecho Internacional Privado, y que los argumentos utilizados para tan importante declaración son escasos, pero el tenor literal del precepto y la inseguridad sobre los requisitos que deberían rodear al poder obligan a adoptar una posición prudente».

En el *Code*, no se hace referencia a la comparecencia de los cónyuges, por lo que, el notario procederá a la protocolización de la convención de divorcio, sin que los cónyuges ni sus abogados, comparezcan ante él. Tampoco se le asigna la misión de legitimar las firmas, por lo que, como afirman David y Brunet¹⁰⁷, el legislador ha consagrado un procedimiento de depósito ante notario *sui generis*, que no encaja ni en el depósito simple, que es aquel que no implica reconocimiento de firmas por lo que sus efectos son limitados, ni tampoco en el depósito «autenticante» que es el que confiere autenticidad y fuerza ejecutiva pero exige reconocimiento de firmas.

IV.4 REGLAS DE PROCEDIMIENTO

La forma tan escueta en la que la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha regulado el divorcio notarial hace que nos preguntemos si existe un verdadero procedimiento de divorcio sin juez en el Derecho español. Únicamente se ha reformado el artículo 54 de la Ley del Notariado que hace referencia a la solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública con arreglo a lo dispuesto en la propia Ley del Notariado. Ni siquiera se contempla un plazo de reflexión obligatorio como en la legislación francesa.

Tampoco se exigen especiales requisitos de la solicitud de la que García Pérez¹⁰⁸ considera que no se trata formalmente de una verdadera solicitud sino que la ley se refiere a que la intervención del notario es rogada por lo que las partes la deben solicitar, ya que la idea de solicitud es desconocida en la ley notarial.

Los cónyuges solicitan y los cónyuges consienten. Pero, si las medidas propuestas por los cónyuges afectan a los hijos mayores o emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar, el artículo 82 exige su consentimiento, por lo que deberán comparecer ante el notario para prestarlo, al igual que los cónyuges. Ya nos hemos referido a la duda que suscita la redacción del precepto sobre si han de acudir personalmente o no. Nosotros nos inclinamos por su obligatoriedad por la trascenden-

¹⁰⁷ DAVID, S., y BRUNET, R., «Le rôle du notaire dans le nouveau divorce...», *op. cit.* p. 10: «Techniquement, l'article 229-1, al. 2, c. civ. consacre un dépôt *sui generis*, qui procure date certaine et surtout force exécutoire à la convention de divorce sans reconnaissance d'écriture et de signature, et donc sans la rendre authentique. En d'autres termes, l'acte notarié constatant le dépôt aura la valeur d'un acte authentique, mais l'acte déposé, en l'occurrence la convention de divorce, sera dépourvu d'authenticité. Aux yeux du législateur, la force exécutoire devient donc indépendante de l'opération d'authentification, laquelle implique un contrôle substantiel du contenu de l'acte. À l'évidence: l'authenticité n'en sort pas grande».

¹⁰⁸ GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario...», *op. cit.* p. 109.

cia del acto, que afecta al estado civil, y porque es el único modo de que el notario pueda cumplir su obligación de asesoramiento y realizar un juicio de capacidad para asegurarse de que los cónyuges emiten un consentimiento libre y consciente. Así lo afirma Fernández Tresguerres¹⁰⁹, para quien la comparecencia personal de ambos cónyuges es obligatoria en el divorcio sin que se pueda acudir a una representación, ni siquiera a un mero *nuntius*, «dada la especial valoración que se debe realizar de los intereses concurrentes». Entendemos que lo mismo se puede predicar respecto a la comparecencia de los hijos mayores, cuya capacidad y libre consentimiento debe valorar el notario.

En el divorcio sin juez francés, el legislador sí ha puesto en marcha un procedimiento que se contiene en parte en el *Code* y se desarrolla en la Circular del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 2017¹¹⁰. Así, en esta Circular, se diferencian las fases de la elaboración de la convención, el periodo de reflexión, la firma de la convención y la transmisión al notario.

La elaboración de la convención de divorcio corresponde a los cónyuges, asistido cada uno por su abogado. Dicha convención debe contener las menciones del artículo 229-3 del *Code*, entre ellas, la de que los hijos han sido informados de su derecho a ser oídos por el juez y que no desean hacer uso de esta facultad, debiendo aportarse para ello el formulario aprobado al efecto por la *Arrêté* de 28 de diciembre de 2016. Además, se debe mencionar el nombre del notario que va a protocolizarla.

Una vez redactada la convención, esta debe ser comunicada por correo certificado con acuse de recepción a cada cónyuge por su abogado y, según el artículo 229-4 del *Code*, se abre un periodo de reflexión de 15 días desde la recepción, durante el cual no se puede firmar, bajo sanción de nulidad¹¹¹. Transcurrido el plazo de reflexión la convención puede ser firmada y, como confirma la circular, los abogados deben asegurarse de la firma personal de cada cónyuge.

Así, la convención quedará establecida por «acto de abogado», firmado por las partes y refrendado por los abogados, con lo que atestatan el consentimiento libre y consciente (*éclairé*) de su cliente. De

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *¿Novedades sobre el matrimonio o divorcio notarial?*, 21 de julio de 2017, www.notariatresguerres.es

¹¹⁰ Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret n.º 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, BOMJ n.º 2, 2017-06, du 30 juin 2017.

¹¹¹ Sobre las implicaciones de este plazo de reflexión en relación a la liquidación de la comunidad conyugal, ver PIGNARRE, L. F., «Délai de réflexion et divorce sans juge: du bon usage de la condition», *Recueil Dalloz*, 2018, p. 32.

acuerdo con el artículo 1145 del Código de procedimiento civil, la firma de los cónyuges y de los abogados debe hacerse en un solo acto.

Una vez firmado en tres ejemplares, se envía al notario que va a proceder a la protocolización en un plazo máximo de 7 días. El centro de gravedad de este procedimiento reside, como venimos analizando, en la intervención de los abogados, que son quienes llevarán el peso de la redacción de la convención, además de la labor de asesoramiento de los cónyuges, que es esencial y consustancial¹¹² a los efectos que la ley atribuye al «acto de abogado». Pero, es precisamente lo que se refiere a los efectos que despliega este divorcio por acto de abogado, uno de los aspectos más controvertidos y de mayor dificultad técnica de la regulación francesa.

V. EL POST-DIVORCIO: LAS CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN

La calificación que se realice del divorcio sin juez condiciona, evidentemente, el régimen jurídico aplicable al mismo. Y ello en diferentes ámbitos. Calificarlo como contrato determina la aplicación supletoria del régimen de las obligaciones y contratos en aquellas cuestiones que el legislador no ha regulado. Y son muchas, tanto en el Derecho francés como en el español, lo que plantea numerosos interrogantes: ¿podrá impugnarse el divorcio en sí mismo considerado? ¿Podrá impugnarse el convenio regulador por un vicio del consentimiento de los cónyuges? ¿Y por vicio del consentimiento de los hijos? ¿Será rescindible por lesión?

V.1 EL CARÁCTER IRREVERSIBLE DEL DIVORCIO

La primera cuestión a la que debemos dar respuesta es la de si el divorcio en sí mismo puede ser impugnado o no. Y, rápidamente, se pone de manifiesto en este punto la diferente naturaleza jurídica del divorcio sin juez en Francia y en España. Ya hemos visto como en el régimen del *Code* la intervención del abogado y del notario, tal y como han sido concebidas, no sustituyen la intervención del juez, por lo que no purgan el acto de sus eventuales vicios, lo que parece que provoca que no se produzca el efecto de cosa juzgada¹¹³.

¹¹² BACACHE, M., y LEROYER, A. M., «Loi núm. 2011-331 du 28 mars 2011 du modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées», *RTDC*, 2011 p. 403.

¹¹³ FULCHIRON, H., «Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après?», *Droit de la Famille*, enero de 2017, pp. 1-4, p. 2: «Il ne purge donc pas l'acte de ses vices éventuels et il ne lui donne en rien l'équivalent de l'autorité de la chose jugée».

Para el Derecho español, Gómez Gállico¹¹⁴, teniendo en cuenta la especial naturaleza de la intervención del notario, considera que la escritura pública de divorcio producirá el efecto de cosa juzgada, al menos en lo que se refiere al divorcio en sí mismo considerado, que se convertirá en irreversible. No es seguro que sea esa la respuesta del ordenamiento jurídico francés ya que, alerta Fulchiron¹¹⁵, a pesar de que sería desastroso permitir el cuestionamiento del divorcio, el legislador no ha puesto los medios para evitar que así ocurra¹¹⁶.

Esto no significa que no sea posible una revisión del convenio regulador, es decir, de las consecuencias del divorcio sobre las que han pactado los cónyuges, cuestión a la que nos referimos a continuación.

V.2 LA REVISIÓN Y LA IMPUGNACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE DIVORCIO

Casi nada establece la legislación española sobre el post-divorcio. Una vez más, la falta de previsión provoca dudas sobre las implicaciones del divorcio notarial. Su carácter contractual se refuerza por la previsión de que podrá ser modificado por un nuevo acuerdo de los cónyuges. Así lo admite el artículo 90. 3 del Código. Y hasta ahí llega la previsión del legislador. Pero, ¿qué ocurre si un cónyuge pretende modificarlo y el otro se niega? ¿Podrá recurrir al juez para solicitar una revisión? ¿Qué ocurre si hay un cambio de circunstancias? ¿Tendrá alguna trascendencia que los cónyuges incorporen una cláusula *rebus sic stantibus*? ¿Se podrá hacer? ¿Y someter alguno de los efectos pactados a una condición? ¿Será imposible revisar judicialmente una pensión compensatoria pactada en convenio regulador si no hay un nuevo acuerdo de los cónyuges?

¹¹⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, J., «Naturaleza de las decisiones del notariado en su función de jurisdicción voluntaria...», *op. cit.* p.

¹¹⁵ FULCHIRON, H., «Le divorce sans juge, c'est maintenant...», *op. cit.*, p. 2: «À l'évidence, il serait désastreux de permettre la remise en cause du divorce lui-même... et pourtant, malgré les mises en garde répétées de la pratique et de la doctrine, rien n'a été prévu par le législateur».

¹¹⁶ En el mismo sentido, FILOSA, D., «L'articulation du contrat collaboratif et agrégatif de divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2018 p.85, p. 5: « Si l'on admet qu'en *consentement mutuel*, l'accord sur le principe du divorce est donné en contemplation des modalités du règlement de ses conséquences, il paraît alors difficile d'affirmer que la rupture du mariage devrait toujours demeurer acquise. Rien ne dit au reste que la nullité spéciale de la convention de divorce, aménagée par l'article 229-3, al. 2, doive systématiquement en laisser subsister les effets extinctifs ou résiliatoires.

Certes, un anéantissement complet du contrat de divorce serait à l'évidence extrêmement nuisible aux tiers, et en particulier aux nouveaux conjoints de ceux qui seraient fraîchement divorcés en vertu d'une convention de l'article 229-1 c. civ., et dont le remariage se trouverait vicié de nullité pour bigamie en cas d'annulation du contrat de divorce».

Por otra parte, ¿qué ocurre en cuanto a la posible impugnación de la convención? ¿Se somete a las reglas de ineficacia de los contratos en general siendo, por ejemplo, anulable si concurre un vicio del consentimiento? Creemos que no existe obstáculo para así admitirlo y, una vez producido el divorcio, que tiene carácter inmutable, nada impide a uno de los cónyuges impugnar los acuerdos alegando, por ejemplo, dolo del otro cónyuge, aunque autores como Amunátegui¹¹⁷ consideran que los tribunales deberán juzgar con el «máximo rigor la alegación de motivos de nulidad del convenio «para impedir que el ejercicio de esta acción se convierta en «la vía para atacar los acuerdos formalizados notarialmente cuando no exista posterior ánimo de cumplimiento»».

El *Code* no contempla expresamente la posibilidad de modificar la convención de divorcio pero nada impide, como señala Thouret¹¹⁸, que se pueda hacer aunque, paradójicamente, sólo se podrá por vía judicial, con independencia de que los cónyuges estén o no de acuerdo sobre la modificación ya que esa es la solución prevista por el legislador para las cuestiones más «sensibles»: la revisión de la prestación compensatoria y la de las medidas relativas al ejercicio de la patria potestad y los alimentos a los hijos¹¹⁹.

La duda que surge, en el Derecho francés, es si se mantiene vigente la regla que imperaba antes del divorcio sin juez de la indivisibilidad de la convención de divorcio y la decisión judicial que pronunciaba el divorcio homologando la convención. Para Egea¹²⁰ es inaplicable a este nuevo divorcio, lo que permite impugnar o revisar el convenio sin afectar al divorcio en sí, mientras que Picard¹²¹ se pregunta si la noción de indisociable no ha

¹¹⁷ De AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Divorcio notarial y convenio regulador...», *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁸ THOURET, S., «L'après-divorce conventionnel: vers le retour du juge!», *AJ Famille*, 2017, p. 42.

¹¹⁹ FULCHIRON, H., «Le divorce sans juge, c'est maintenant...», *op. cit.*, p. 2: «La loi est peu explicite sur ce point. La situation est pour le moins paradoxale: dans un divorce par consentement mutuel judiciaire, les époux peuvent toujours soumettre au juge une nouvelle convention en vue de son homologation. Dans le «divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire» (pour reprendre la longue formule de l'article 229 du Code civil), le parallélisme des formes disparaît: il n'est pas imaginable que les époux fassent enregistrer une nouvelle convention modifiant la précédente. Aucune disposition de la loi ne l'envisage, ce qui est tout à fait compréhensible: l'incertitude la plus totale régnerait sinon sur la situation patrimoniale des époux, sauf à imaginer la création d'un fichier recensant les conventions modificatives avec mention de l'étude dans laquelle celles-ci ont été enregistrées et interconnexion entre les fichiers. Certes, on pourrait préterdre que ce qui est fait est fait, de façon irréversible; mais il ne s'agit que d'un simple contrat, et nulle autorité de la chose jugée ne s'oppose à ce que les époux reviennent sur leur accord...»

¹²⁰ EGEA, V., «Droit de la famille», *LexisNexis*, 2016, p. 147.

¹²¹ PICARD, J., «L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge...», *op. cit.*, p. 2: «Qu'advierait-il en cas de remise en question de la convention de divorce ou de l'état liquidatif (lorsque ce dernier existe en vertu de l'article 229- 5.º de Code civil)? La

sido sustituida por la de contratos interdependientes, de modo que no se puede separar el divorcio en sí de la convención que regula sus efectos.

En cualquier caso, dejando a un lado la cuestión de si afecta o no al divorcio en sí mismo considerado, la doctrina considera que será posible la impugnación de la convención de divorcio por concurrir un vicio del consentimiento como el dolo. El supuesto más habitual, será aquel en el que uno de los cónyuges haya ocultado bienes al otro o haya mentido sobre su situación personal o financiera para provocar que el otro acepte el divorcio en términos menos ventajosos para él.

Y no serán las únicas causas posibles de impugnación¹²², pero la ausencia de una regulación adaptada hace que existan dudas sobre el alcance de una eventual impugnación por los cónyuges o por un tercero. Autores como Casey¹²³ ponen de manifiesto la inadaptación del régimen general de la acción de nulidad al divorcio por razones sustantivas y procesales, lo que provoca una gran inseguridad jurídica, en cuestiones como si la nulidad ha de predicarse de toda la convención o solo de la cláusula dañosa, cuál será el

jurisprudence avait posé le principe de l'indissociabilité entre le jugement prononçant le divorce des époux et la convention liquidant leur régime matrimonial lorsque cette dernière avait été homologuée par le juge. Mais lorsque le contrat constitue la base du divorce, cette indissociabilité demeure-t-elle? La réforme du droit des obligations a créé l'article 1186 du Code civil relatif aux contrats indivisibles: l'interdépendance (ou indivisibilité) peut-elle désormais supplanter l'indissociabilité?»

¹²² THORUET, S., «Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel?», *Droit de la famille*, núm. 7-8, julio de 2016, dos. 30, p. 2: «Ainsi, elle devrait pouvoir faire l'objet d'une action en nullité pour vice du consentement (l'article 229-3 nouveau du Code civil dispose même expressément que le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas), pour irrégularité formelle (à titre d'illustration, l'article 229-4 nouveau du Code civil impose, à peine de nullité, un délai de réflexion d'une durée de quinze jours), voire pour atteinte à l'ordre public... Elle devrait également pouvoir faire l'objet d'une action en complément de part en cas de contestation de valorisation d'un élément d'actif ou de passif... Ces recours nouveaux qui s'offriront aux époux sont autant d'occasions de remettre en cause l'accord qu'ils auront signé. Ils vont incontestablement créer une insécurité dans les rapports juridiques entre époux, sans parler de la question de la responsabilité de leurs conseils».

¹²³ CASEY, J., «Le dol ou l'illusion contractualiste dans la remise en cause de la prestation compensatoire», *AJ Famille*, 2018, p. 95, p. 3: «Que la convention de divorce relève du droit des obligations, nul n'en disconvient. C'est d'ailleurs une forme de truisme car, que l'on considère la convention de divorce comme un véritable contrat ou comme une convention *sui generis*, dans tous les cas, il reste un acte juridique passible, comme tel, du droit des obligations. Par conséquent, affirmer l'applicabilité du droit des obligations n'avance pas à grand chose, puisque celle-ci est évidente. Nul n'a du reste jamais affirmé, et heureusement, que le dol ne pourrait pas sanctionner le mensonge de l'une des parties à la convention. Ce qui importe, en revanche, c'est de mesurer ce à quoi conduit l'application du dol, ses avantages et ses inconvénients. Ce sont donc les résultats concrets de l'action qui importent, non la possibilité de cette action, laquelle est acquise mais pas forcément souhaitable. Tout au plus peut-on se demander si la nullité encourue est une nullité relative, ce qui est usuel en matière de dol, ou une nullité absolue. Il n'existe cependant aucun élément justifiant d'évidence une nullité absolue, la question n'intéressant que les parties et non la société dans son ensemble».

procedimiento a seguir o cuál es el juez competente. Preguntas a las que, por el momento, no es posible dar respuesta pues solo la práctica indicará el camino a seguir.

V.3 LA EJECUCIÓN DE LA CONVENCION DE DIVORCIO

V.3.1 **Ámbito interno**

No plantea especiales problemas en el ordenamiento jurídico español ya que el artículo 90.2 equipara el convenio regulador en escritura pública al aprobado judicialmente, abriendo para ambos la vía de apremio para exigir su cumplimiento. Sin embargo, en el divorcio francés, ya hemos visto que el papel del notario es residual y que no ha de verificar el equilibrio de la convención, pero su intervención es esencial para que tenga fuerza ejecutiva. Aunque los pasos que da el legislador francés desde el año 2011 parecen impulsar el «acto de abogado» hacia una equiparación con el *acte notarié*, por el momento el legislador no ha querido, o no se ha atrevido, a ir tan lejos y la fuerza ejecutiva la reserva a la intervención del notario, aunque sea esta intervención marginal, limitándose, como recuerda Couzigou-Suhas¹²⁴, a la protocolización, previo un mero control formal.

La decisión del Consejo Constitucional francés de 17 de noviembre de 2016 admitió su conformidad con la Constitución, sobre la idea, entre otras, de que la fuerza ejecutiva está asegurada por la intervención del notario. Esto, al menos de momento, supone un freno a las ansias de que se dote de fuerza ejecutiva al acto de abogado lo que, alerta Coiffard¹²⁵, teniendo en cuenta que cada abogado defiende los intereses de su cliente, sería como dar fuerza ejecutiva a la parte más fuerte del contrato. Pero esta constatación del Consejo Constitucional no suprime las dificultades prácticas de lo que Lauvergnat¹²⁶ denomina «desmembra-

¹²⁴ COUZIGOU-SUHAS, N., «Réflexions pratiques sur le divorce sans juge...», *op. cit.* p. 6.

¹²⁵ COIFFARD, D., «La force exécutoire est indissociable des notions d'autorité et de délégation de service public», *Gazette du Palais*, 30 de enero de 2018, núm. 4, p. 9: «La force exécutoire est un acte de souveraineté, et est indissociable des notions d'autorité et de délégation de service public. Comment donner la force exécutoire à un avocat, sachant que chaque avocat représente sa partie ? Cela reviendrait à donner l'exécution forcée à la partie la plus forte au contrat. Le notaire, lui, n'est pas le notaire des parties et doit veiller à l'équilibre des conventions. Son obligation de conseil s'impose de la même manière à l'égard de toutes les parties.»

¹²⁶ LAUVERGNAT, L., «Retour sur l'exécution de la convention de divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2018, p. 144, p. 1: «Au vrai, la difficulté majeure se retrouve dans la forme du titre exécutoire qui sera remis à l'huissier de justice en vue de son exécution. La doctrine l'avait pressenti: le notaire peut-il apposer la formule exécutoire? Le particularisme du processus de construction de ce titre exécutoire impose la pruden-

miento de la autenticación», con las graves dificultades que ello provoca para la ejecución.

Sin embargo, los abogados quieren más¹²⁷. Con ocasión del primer aniversario de la entrada en vigor del divorcio sin juez, el Consejo General de la Abogacía de Francia ha celebrado una jornada, en enero de 2018, en la que se ha dado a conocer el resultado de una encuesta realizada para valorar la puesta en marcha de este divorcio y, sin sorpresa, la valoración de los abogados ha sido muy positiva en todos los aspectos salvo, también sin sorpresa, lo que se

ce. En effet, la convention de divorce par consentement mutuel est l'oeuvre des époux et de leurs avocats respectifs: c'est un accord sous seing privé contresigné par les avocats. Le notaire, en tant que délégataire de la puissance publique, n'intervient que lors du dépôt de la convention. Ce dernier n'authentifie pas l'accord, la loi cantonnant son rôle à un simple contrôle formel et d'expiration du délai de réflexion de l'article 229-4 c. civ. La chose n'est pas sans rappeler la place du greffier dans la procédure d'injonction de payer où ce dernier ne tamponnera l'injonction de payer de la formule exécutoire qu'une fois s'être assuré de l'expiration du délai d'un mois suivant la signification de l'ordonnance. Le notaire n'a ici pas à reconnaître les écritures et signatures des parties».

¹²⁷ MULON, E., «L'acte d'avocats», *Droit de la Famille*, enero de 2017, dos. 11, p. 2: «Nous regrettons évidemment que le législateur ne soit pas allé plus loin en confiant à l'avocat la charge de ce nouveau divorce. Ce sont certes les avocats qui recueillent le consentement des époux sur le principe de la rupture du mariage et les effets de celle-ci. Ce sont certes eux qui vont conseiller les époux sur ces effets. Ce sont certes encore eux qui vont rédiger la convention de divorce. Puis, eux ensuite, qui vont transmettre celle-ci au notaire et, après que l'acte a été déposé au rang des minutes de ce dernier, qui vont faire procéder aux formalités de transcription du divorce. Mais ce ne sont pas eux qui donneront toute sa force à l'acte. Le notaire conserve le sceau de l'exécution. C'est lui qui va conférer à l'acte sa force exécutoire après avoir procédé à un contrôle formel du travail déjà effectué par l'avocat. Ce contrôle a-t-il du sens puisque l'avocat engage sa responsabilité sur chacune des mentions portées ou sur celles qui auraient pu être oubliées ? Cependant, le législateur pouvait-il faire autrement que de prévoir cette vérification strictement formelle dès lors qu'il confiait au notaire la charge de déposer l'acte au rang de ses minutes pour lui conférer date certaine et force exécutoire ? En dépit de nos regrets exprimés sur l'infantilisation apparente pour l'avocat d'un tel contrôle, pouvait-il, en effet, demander au notaire de déposer un acte, de prendre le risque d'engager sa responsabilité sur celui-ci sans même s'assurer qu'à minima les mentions obligatoires s'y trouvent.

C'est donc sur cette nécessité de passer par l'enregistrement de l'acte par le notaire que nous nous interrogeons. Nous ne rentrerons pas dans un duel de compétences entre les deux professions, composées chacune de personnes de qualité et animées de la même volonté de bien faire. Nous nous interrogeons seulement sur la nécessité pour le justiciable de subir la charge d'une partition à quatre mains alors qu'elle pourrait être jouée par les avocats seuls (sauf en cas d'existence d'un bien immobilier qui nécessite un état liquidatif notarié). Il ne fait pas vraiment débat – nous semble-t-il – que la charge de gérer les conséquences du divorce doit leur revenir comme ils l'ont depuis des siècles. Les avocats sont formés pour conseiller les parties sur les modalités les plus à même, tant sur le plan extra-patrimonial que patrimonial, de satisfaire leurs besoins et leurs objectifs. Ils sont également, et surtout, les plus à même d'anticiper les difficultés judiciaires qui pourraient naître de telle ou telle modalité et la réponse qui pourrait y être apportée par le juge. Qu'est ce qui s'oppose dès lors à ce que l'étape ultime, la reconnaissance du caractère exécutoire de leurs actes, soit franchie ? La question se pose d'autant plus qu'en l'état, la convention de divorce va disposer d'un statut pour le moins hybride. En effet, à première vue, on pourrait penser que dès lors qu'elle est déposée au rang des minutes d'un notaire, la convention de divorce se voit conférer la qualité d'acte authentique, ce qui lui décerne sa force exécutoire. C'est d'ailleurs l'effet que lui confère le texte. Et, c'est bien parce que l'acte d'avocat ne bénéficie pas aujourd'hui d'une telle force, qu'il est apparu nécessaire au législateur de faire entrer le notaire dans la boucle».

refiere a la intervención del notario¹²⁸. Y es que, como ha subrayado la presidenta del Consejo General de la Abogacía de Francia, «la profesión ha demostrado su capacidad para obtener la fuerza ejecutiva del acto de abogado», lo que les permitiría prescindir de la intervención del notario¹²⁹.

No ha tardado más que unos días en responder el presidente del Consejo Superior del Notariado francés, quien ha recordado¹³⁰ que la fuerza ejecutiva es uno de los atributos esenciales del acto auténtico notarial que no tiene nada de un azar de la historia ni procede de un pensamiento místico ni irracional, sino que está fundado en la cualidad de funcionario público del notario. El problema es que la ley, al minimizar su papel, ha creado una dificultad en relación a la ejecución ya que, como alerta Gijsbers, el notario es ajeno a la convención de divorcio por lo que la «fórmula de ejecución» se extenderá sobre el acto de protocolización pero no sobre los anexos, como es la convención de divorcio, y, recuerda, la protocolización no confiere autenticidad a la convención¹³¹. No es fácil encontrar una solución para solventar las dificultades que esto plantea, y este autor propone¹³², después de rechazar otras, que los cónyuges comparezcan ante el notario reconociendo ante él el origen y el

¹²⁸ GARNERIE, L., «Divorce sans juge: un succès malgré des difficultés», *Gazette du Palais*, 6 de febrero de 2018, núm. 05, p. 8: «Or, près de 67% des avocats interrogés déclarent que les justiciables ont trouvé compliquée la dissociation entre le traitement du dossier, la conclusion du divorce par avocat et son enregistrement par notaire. Du côté de la perception par les avocats de leur relation avec les notaires, le mécontentement est encore plus prononcé. Si 81% des avocats déclarent que la nouvelle procédure induit des difficultés pour eux, les 2/3 les attribuent à la coordination avec le notaire. Un résultat qui trouve notamment son explication dans le débat sur la nature – formelle ou plus poussée – du contrôle de l’acte d’avocat par les notaires qui a agité les deux professions durant les premières semaines de mise en œuvre de la réforme.»

¹²⁹ GARNERIE, L., «Divorce sans juge: un succès malgré des difficultés», *Gazette du Palais*, 6 de febrero de 2018, núm. 05, p. 8.

¹³⁰ COIFFARD, D., «Authenticité et force exécutoire...», *op. cit.* p. 22: «L’attribution de la force exécutoire aux actes notariés n’a rien d’un simple «Hasard de l’histoire», ni d’une injustice faite aux autres professionnels du droit et qu’il conviendrait aujourd’hui de réparer en étendant le domaine de cette prérogative. Et ce n’est pas parce qu’elle repose sur l’emploi d’une «formule exécutoire», qu’elle procède d’une pensée mystique ou relève du domaine de l’irrationnel. Elle est, au contraire, un effet parfaitement fondé et légitime de la qualité d’officier public reconnue au notaire, un corollaire des obligations qui lui incombent à ce titre et l’objet d’une mission qui lui est confié par l’État. La notaire est, à la différence de l’avocat, privé de sa liberté d’installation, puisqu’il doit être nommé par le garde des Sceaux; il est tenu d’instrumenter les actes dont il est requis et ne peut dès lors pas choisir ses clients; il est soumis à un tarif; il doit conserver l’original des actes qu’il dresse pendant 75 ans avant de les verser aux archives, etc. Toutes choses qui montrent l’existence d’un véritable service public notarial.»

¹³¹ GIJSBERS, C., «Divorce sans juge: le notaire peut-il apposer la formule exécutoire?», *Deffrénois*, 14 de septiembre de 2017, núm. 18, p. 27.

¹³² GIJSBERS, C., «Divorce sans juge: le notaire peut-il apposer...», *op. cit.* p. 3: «Une voie plus constructive nous semble dès lors possible. Elle consisterait tout simplement à renouer avec la mécanique de l’authenticité qui, pour faire échole la force exécutoire, implique nécessairement que l’engagement des parties soit exprimé –ou réitéré– devant le notaire.»

contenido de la convención de divorcio, es decir, deberían realizar una especie de «depósito autenticante».

Ahondando en la misma idea, Boulanger¹³³ considera que los problemas que pueden surgir por no ser un documento auténtico la convención de divorcio se pueden superar si el notario recomienda a los cónyuges realizar un depósito «autenticante». Sin embargo, no es esta la fórmula que el legislador ha retenido. La pregunta que nos hacemos es: ¿por qué el legislador no impuso este tipo de depósito para evitar problemas?

V.3.2 **Ámbito internacional**

Si de la eficacia en el ámbito interno pasamos al internacional, el panorama se complica. Como nos recuerda Bustillo Tejedor¹³⁴, si la escritura de divorcio ha sido autorizada por un notario de la Unión Europea, se aplica el sistema del reconocimiento automático del Reglamento Bruselas II *bis*. Es lo que ocurrirá con las escrituras de divorcio españolas cuando hayan de surtir efectos en un tercer estado, que serán reconocidas salvo que sean manifiestamente contrarias al orden público del estado requerido o si fuese inconciliable con una resolución anterior dictada en ese u otro estado (artículo 24 del Reglamento).

No es evidente que esta sea la suerte que espera al divorcio sin juez francés. Al no producirse por escritura pública sino por «acto de abogado», no es aplicable el reconocimiento automático del Reglamento europeo y tampoco la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC) ya que no se trata ni de una resolución judicial ni de una resolución adoptada en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria ni de un documento público extranjero (art. 41 de la ley 29/2015), por lo que será complicado que se lleve a cabo el procedimiento de exequátur. No se cumple la exigencia de que la «escritura de divorcio» esté asimilada a una sentencia judicial lo que, como recuerda Carrascosa González¹³⁵, es esencial para que se apliquen los textos internacionales.

¹³³ BOULANGER, D., «Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité: faut-il s'inquiéter?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 8, 24 de febrero de 2017, p. 263, p. 14: «Nous estimons qu'il n'est pas insurmontable! Le notaire requis de proceder au dépôt va alerter les parties de cette portée limitée du dépôt de la convention de divorce. Il leur conseillera de proceder à un dépôt permettant l'acquisition de caractère authentique pour la convention de divorce».

¹³⁴ BUSTILLO TEJEDOR, L., y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial...», *op. cit.*, p. 222.

¹³⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo», *Anales de la Academia*

Se trata, sin más, de un divorcio privado, en documento privado¹³⁶ y, como tal, de difícil o imposible reconocimiento y ejecución por estas vías y para los que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Sanhyouni*, de 20 de diciembre de 2017¹³⁷, ha establecido que no procede aplicar el Reglamento 1259/2010 en relación con el Reglamento 2201/2003 ya que el legislador comunitario tuvo en mente los divorcios pronunciados «por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta» y no a los divorcios que se basan en una declaración de voluntad [unilateral]¹³⁸ de carácter privado¹³⁹. Y es que en esta «eficacia transnacional» dos son los problemas a los que se enfrenta el divorcio sin juez del *Code*.

Por una parte, al no tratarse de un divorcio pronunciado por autoridad pública, ya hemos visto, cómo queda fuera del ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos. Por otra, las dificultades que derivan de la combinación de la regulación de este divorcio con las normas propias de la técnica notarial. Y es que, consecuencia de la intervención al final del proceso del notario, lo que tiene carácter auténtico es el «acto de depósito» para la protocolización y no la convención en sí misma pues, como hemos visto, el notario no la «autentifica», luego difícilmente el acuerdo de divorcio podrá circular¹⁴⁰.

Incluso la mera inscripción en un Registro español planteará problemas ya que no encaja en el artículo 59 de la LCJIC al no

Matritense del Notariado, T.57, 2016, pp. 189-322, p. 279: «En lo que se refiere al reconocimiento y ejecución en terceros Estados de escrituras notariales españolas de divorcio, debe indicarse que las escrituras de divorcio autorizadas por notario español pueden surtir efectos en otros países con arreglo a los Tratados y convenios internacionales firmados entre España y el país en el que se hacen valer tales escrituras. Para ello es preciso que el convenio internacional en cuestión incluya la materia del «divorcio» en su ámbito de aplicación material y que considere, igualmente, que la escritura de divorcio está asimilada a una «sentencia judicial».

¹³⁶ HAMME, P., «Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire...», *op. cit.* p. 3: «Néanmoins, c'est sans doute une seconde approche qui risque de l'emporter, selon laquelle le divorce conventionnel français constitue un divorce privé. C'est la convention des époux qui constate le divorce: le notaire n'exerce qu'un rôle purement réceptif, en ce qu'il ne doit exercer, aux termes de l'article 229-1 du Code civil, qu'un simple contrôle formel, non de légalité. L'on serait en présence d'un acte quasi-public, en l'absence de fonction décisionnelle du notaire. Dans cette lecture, ce divorce par consentement mutuel extrajudiciaire ne relèverait pas du champ d'application matériel des différents règlements européens posant des règles de compétence directe dans les domaines visés».

¹³⁷ CJUE, Ire ch., 20 déc 2017, núm. C-372/16, *Sahyouni c/ Mamisch*.

¹³⁸ En el asunto resuelto se trataba de un divorcio por declaración unilateral ante una autoridad religiosa.

¹³⁹ ROTH, C., «Circulation hors l'Union des conventions de divorce: des signaux contradictoires en provenance du Maghreb», *AJ Famille*, 2018, p. 148.

¹⁴⁰ BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen...», *op. cit.*, p. 3: «Qu'est-ce qui circule: l'acte de dépôt ou la convention?. Pire encore, à la lecture de l'article 509-3, al. 4, il est impossible de dire que l'acte est censé de circuler dans l'Union européenne».

ser una resolución judicial, pero tampoco en el artículo 60 porque no se trata de un documento público extranjero pues, como vemos, el notario no autentifica la convención de divorcio. Además, la intervención del notario ha sido desnaturalizada hasta tal punto que, aunque se llegase a considerar, que no vemos cómo, que se trata de un documento público, no se cumple lo exigido por el artículo 60 de la LCJIC para la inscripción: «siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate». ¿Será suficiente el acta de protocolización para hacer prueba del divorcio e inscribirlo en el Registro Civil español o en otro registro¹⁴¹ si fuese necesario?

Para paliar en parte estas dificultades, el Decreto de aplicación de 28 de diciembre de 2016 ha atribuido al notario la competencia para emitir el certificado previsto en el artículo 39 del Reglamento Bruselas II *bis*, que permite su reconocimiento y su inscripción en el Registro civil de otros estados de la Unión Europea. Pero no han faltado autores que se cuestionan, incluso, sobre la pertinencia de la emisión de tal certificado por el notario¹⁴².

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN SOBRE ESTE «DIVORCIO A LA FRANCESA»

Con este estudio hemos tratado de dar respuesta a alguna de las preguntas que formulábamos en las primeras páginas y a otras que han surgido al hilo de nuestra exposición: ¿podrán dos españoles, con residencia habitual en España y sin vínculo especial con Francia, divorciarse en Francia? Como hemos visto, al no

¹⁴¹ Hay que tener en cuenta que, si en la liquidación del régimen económico matrimonial existe un bien sujeto a publicidad *foncière* (Registro de la Propiedad), la intervención del notario es necesaria ya que la liquidación deberá hacerse en forma auténtica, tal y como establece el artículo 229-3 5.º) del *Code*: «L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation». Sobre esta cuestión, ver CASTILLO-WYSZOGRODZKA, S., «Aspects de droit patrimonial du divorce sans juge», *Hebdo*, édition privée núm. 699 de 18 de mayo de 2017.

¹⁴² VIGANOTTI, E., «Rome III et le divorce sans juge», *Gazette du Palais*, 20 de febrero de 2018, núm. 07, page 27: «En effet, compte tenu des différents aspects de la désunion, l'on peut se poser différentes questions cruciales: quid de la transcription à l'état civil dans un autre État de l'UE? Désormais, en effet, on peut s'interroger sur le point de savoir si le dernier paragraphe de l'article 509-3 du CPC introduit par le décret de réforme (D. núm. 2016-1907, 28 déc. 2016, relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale: JO, 29 déc. 2016) est encore applicable: le notaire a-t-il encore le droit de délivrer le certificat article 39 de Bruxelles II bis qui permet la transcription du divorce à l'état civil dans les autres États de l'UE ?».

exigirse ni imponerse reglas de competencia ni criterios de conexión específicos, podrán hacerlo.

Y, lo que es más increíble, podrán, incluso, si hay hijos menores ya que así lo permite el Derecho francés. La duda que surge es si se podrá reconocer y ejecutar en España este divorcio. Hemos visto las dificultades que plantea la ausencia de acto auténtico. Pero, si se llegan a superar todas las dificultades que plantea la cuestión de la autenticación y el carácter ejecutivo, aún surgirá otra ¿no es contrario al orden público¹⁴³ español la ejecución de un acuerdo de divorcio referido a menores en el que no existe intervención de la autoridad judicial?

Son muchas las dificultades que se presentan y, seguramente, otras nuevas surgirán que aún no se han manifestado pues como nos alertó Portalis si es posible, en una institución nueva, calcular las ventajas que nos ofrece la teoría, no lo es conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir¹⁴⁴. La práctica y la jurisprudencia nos dirán cómo se resuelven pero debemos tener presente que la respuesta que se da para el supuesto planteado se aplicará también para el caso de una pareja mixta de español y francés y para una pareja extranjera, sean o no franceses. Y es que, como reflexiona Hammje¹⁴⁵, con una gráfica expresión, con este divorcio sin foro, quizás Francia se va a convertir en «el paraíso de los matrimonios cojos».

Si hemos tratado de buscar respuesta para algunos interrogantes quedan, sin embargo, demasiadas preguntas sin respuesta en un divorcio que empieza a dar sus primeros pasos, del que el futuro nos dirá si precisa de contornos más precisos que llevarán a una nueva reforma o, al menos, a un nuevo decreto de aplicación, para evitar que Francia se convierta, también, en el «paraíso de los divorcios cojos» sin más valor fuera de Francia que un matrimonio en Las Vegas.

¹⁴³ HAMMJE, P., «Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire...», *op. cit.* p. 6: «Tout d'abord, l'obtention du certificat de l'article 39 ne garantira pas aux époux que les dispositions relatives à la responsabilité parentale de leur convention bénéficieront de la force exécutoire dans l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant, puisque celle-ci devra y être sollicitée. Or l'absence de toute intervention judiciaire en amont pourrait y faire obstacle du point de vue de l'ordre public de l'État requis».

¹⁴⁴ Portalis, J. E. M., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

¹⁴⁵ HAMMJE, P., «Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire...», *op. cit.*, p. 1: «La France compte-t-elle devenir le paradis des mariages boiteux? On est en droit de se poser la question au vu des implications en droit international privé des récentes réformes relatives au droit du mariage, lesquelles tendent à attirer en France les couples pour qu'ils s'y marient ou y divorcent, sans aucun égard à l'accueil qui sera ensuite réservé à l'étranger à l'union conclue ou rompue».

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ DE, C., «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», *Diario La Ley*, núm. 7838, 13 de abril de 2013.
- AVENA-ROBARDET, V., «La Justice dans tous ses états», *AJ Famille*, 2018, p. 3.
- BACACHE, M., Y LEROYER, A. M., «Loi núm. 2011-331 du 28 mars 2011 du modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées», *RTDC*, 2011 p. 403.
- BALLON-WIRTZ, N., «La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel. Libres propos», *La Semaine Juridique Édition Général*, núm. 23, 6 de junio de 2016, dos. 643.
- BARRIO DEL OLMO, C. P., «Función notarial y desarrollo práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 67 mayo-junio 2016.
- BEIGNIER, B., «Qui prononce le divorce sans juge? Qui Marie? Du droit civil au droit privé de la famille», *Droit de la famille*, núm. 4, abril 2017, repère 4.
- BLANCHARD, C., «La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 1, 6 janvier 2017, 1002.
- BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et europeen. La France, nouveau Las Vegas du divorce?», *AJ Famille*, 2017, p. 57.
- BOULANGER, D., «Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité: faut-il s'inquiéter?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 8, 24 de febrero de 2017, p. 263.
- BRANCÓS, E., «Blockchain, función notarial y registro», *El Notario del siglo XXI*, núm. 71, enero-febrero 2017.
- BRENNER, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel: retour à l'an II?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 8, 24 février 2017, p. 10.
- BURATTI, P., «Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2017, p. 30.
- BUSTILLO TEJEDOR, L., Y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio», en *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Manislla (dir.), Reus, 2016, pp. 201-248.
- CABELLO MATAMALA, C. J., «El divorcio en el Derecho peruano», en *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Acedo Penco, A., y Pérez Gallardo, L. B., Temis 2009, pp. 525-550.
- CADIU, M., «Une passerelle à l'endroit... une passerelle à l'envers», *AJ Famille*, 2017, p. 45.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T.57, 2016, pp. 189-322.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «El divorcio ante notario», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2012, núm. 43.
- CASEY, J., «Le dol ou l'illusion contractualiste dans la remise en cause de la prestation compensatoire», *AJ Famille*, 2018, p. 95.
- «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur», *AJ Famille*, 2017, p. 14.

- CERDEIRA BRAVO DE LA MANSILLA, G., «Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España», *Revista de Derecho Privado*, núm. 95, 2011, pp. 3-56.
- «Separaciones y divorcio por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional», en *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Manisilla (dir.), Reus, 2016, pp. 47-81.
- CHAMPENOIS, G., «Le notaire doit-il lire la convention de divorce par consentement mutuel?», *Defrénois*, 15 de abril de 2017, núm. 07.
- CHÉNEDÉ, F., «Divorce et contrat. À la croisée des réformes», *AJ Famille*, 2017, p. 26.
- COIFFARD, D., «Authenticité et force exécutoire. L'arbre et le fruit», *La Semaine Juridique Notariale Immobilière*, núm. 6, 9 de febrero de 2018, pp. 21-26.
- «La forcé exécutoire est indissociable des notions d'autorité et de délégation de service public», *Gazette du Palais*, 30 de enero de 2018, núm. 4.
- COUZIGOU-SUHAS, N., «Réflexions pratiques sur le divorce sans juge», *Defrénois*, 30 de enero de 2017, núm. 2.
- CULACIATI, M. M., «Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en Argentina», *IUS*, núm. 36, julio-diciembre de 2015, pp. 389-417.
- DAVID, S., Y BRUNET, R., «Lo rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2017, p. 31.
- DEVERS, A., «Le divorce sans juge en droit international privé», *Droit de la Famille*, enero de 2017, dos. 5.
- EGEA, V., «Droit de la famille», *LexisNexis*, 2016.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., «Ley 12/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: racionalización de competencia y procedimiento judicial», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 56, 2016, pp. 13-67.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., «¿Novedades sobre el matrimonio o divorcio notarial?», 21 de julio de 2017, www.notariatresguerras.es.
- FERRÉ-ANDRÉ, S., «Un an de divorce sans juge: vade-mecum controversé d'un processus de divorcialité contractualisé», *AJ Famille*, 2018, p. 81.
- FILOSA, D., «L'articulation du contrat collaboratif et agrégatif de divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2018 p. 85.
- FULCHIRON, H., «Divorce sans juge. À propos de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle», *JCPG*, 2016, p. 1267.
- «Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après?», *Droit de la Famille*, enero de 2017, pp. 1-4.
- GAILLEZ, L., «La reconnaissance du divorce par consentement mutuel en DIP», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 48, 1 de diciembre de 2017, pp. 26-30.
- GARCÍA PÉREZ, J. E., Y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales», en *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Manisilla (dir.), Reus, 2016.
- GARNIERE, L., «Divorce sans juge: un succès malgré des difficultés», *Gazette du Palais*, 6 de febrero de 2018, núm. 05, p. 8.
- GIJSBERS, C., «Divorce sans juge: le notaire peut-il apposer la formule exécutoire?», *Defrénois*, 14 de septiembre de 2017, núm. 18, p. 27.
- GODECHOT-PATRIS, S., «Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes», *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 271.
- GOMÁ, F., *Escritura de divorcio ante Notario de mutuo acuerdo*, www.notarios-registradores.com.

- GÓMEZ GÁLIGO, J., «Naturaleza de las decisiones del notariado en su función de jurisdicción voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre de 2017.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., «Blockchain: ¿el notario del futuro?», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 73, mayo-junio 2017.
- GRIMALDI, M., «L'exit du juge dans le nouveau divorce», *Défrenois*, núm. 2, 30 enero de 2017, p. 115.
- HAMMJE, P., «Le divorces par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d'un divorce sans fore», *Revue Critique de droit international privé*, 2017, p. 143.
- HARO GRANDE, E., *El notario y las nuevas competencias matrimoniales tras la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: un paso más hacia la autonomía de la voluntad*, 5 noviembre 2016, www.noticias.juridicas.com.
- HIJAS CID, E., «El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: naturaleza, contenido y límites», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2016.
- LABBÉE, X., «Jean-Jacques Urvoas face à François Ier et au divorce par consentement mutuel en langue étrangère», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 358.
- LARRIBAU-TERNEYRE, V., «Les conventions de rupture-État des lieux», *Droit de la Famille*, marzo de 2015, dos. 4.
- LAUVERGNAT, L., «Retour sur l'exécution de la convention de divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2018, p. 144.
- LIENHARD, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une révolution culturelle», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 307.
- «Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel», *AJ Famille*, 2017, p. 40.
- LÓPEZ CANO, J., «Formularios notariales: Ley de Jurisdicción Voluntaria, subastas notariales y concordancia entre el Catastro y el Registro», *La Ley*, 2015.
- LORA-TAMAYO, I., Y PÉREZ RAMOS, C., «Prólogo», en la obra *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Reus 2016.
- MALLEVAEY, B., «L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel», *Petites Affiches*, 29 de junio de 2017, núm. 129, p. 6.
- MAUGER-VILPEAU, L., «Le divorce par consentement mutuel sans juge et l'enfant», *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, núm. 11.
- MEKKI, M., «Divorce hors le juge: le notaire doit-il devenir un greffier?», *La Semaine Juridique Notarial et Immobilière*, núm. 19, 13 de mayo de 2016, Dos. p. 610.
- «Les mystères de la blockchain», *Recueil Dalloz*, 2017 p. 2160.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J., «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto 2012, pp. 137-166.
- MULON, E., «L'acte d'avocats», *Droit de la Famille*, enero de 2017, dos. p. 11.
- NOURISSAT, C., «Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 20, 19 de mayo de 2017, act. 548.
- NOURISSAT, C., BOICHÉ, A., ESKENAZI, D., MEIER-BOURDEAU, A., THUAN DIT DIEUDONNÉ, G., «Divorce par consentement mutuel: plainte contre la France!», *AJ Famille*, 2017, p. 266.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, 2015, pp. 153-171.

- PÉREZ GALLARDO, L. B., «Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 429-457, La Habana.
- «Separación y divorcio notarial a la española: una visión desde el Derecho comparado», en *Separación y divorcio ante notario*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), Reus 2016, pp. 19-46.
- «Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009, pp. 329-371, La Habana.
- PÉREZ HEREZA, J., *Divorcio notarial: problemas prácticos*, www.elnotario.es.
- PICARD, J., «L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge», *Petites Affiches*, 6 de marzo de 2017, núm. 046, p. 6.
- «Quel avenir pour le notaire français?», *Petites Affiches*, 1 de septiembre de 2017, núm. 174-175.
- PIGNARRE, L. F., «Délai de réflexion et divorce sans juge: du bon usage de la condition», *Recueil Dalloz*, 2018, p. 32.
- POURE, V., «La convention de divorce par consentement mutuel: un contrat à part, mais un contrat tout de même», *Droit de la Famille*, núm. 3, marzo de 2018, dos. p. 5.
- ROTH, C., «Circulation hors l'Union des conventions de divorce: des signaux contradictoires en provenance du Maghreb», *AJ Famille*, 2018, p. 148.
- THOURET, S., «Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge», *AJ Famille*, 2016, p. 568.
- TORRICELLI-CHRIFI, S., «Divorce contractuel: le notaire doit-il fermer les yeux?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 16, 21 avril 2017, p. 1159.
- VELA FERNÁNDEZ, C., Y BUSTILLO TEJEDOR, L., «Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio», en *Separaciones y divorcios ante notario... op. cit.* pp. 149-200.
- VIGANOTTI, E., «Rome III et le divorce sans juge», *Gazette du Palais*, 20 de febrero de 2018, núm. 07.
- VIX, O., «L'Assemblée de liaison s'interroge sur l'intelligence artificielle: dangers ou opportunités pour le notariat?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 4, 26 de enero de 2018, pp. 5-6.
- ZOLYNSKI, C., «Blockchain et smart contracts: premiers regards sur une technologie disruptive», *Revue de Droit bancaire et financier*, núm. 1, Janvier 2017, dossier 4.