

El nuevo divorcio en Venezuela

Edison Lucio VARELA CÁCERES
RVLJ, N.º 15, 2020, pp. 203-230.

... en la actualidad resulta casi imposible detener el irreversible proceso de ruptura del matrimonio cuando los cónyuges así lo han decidido, por muchas vías de conciliación o mediación que puedan establecerse, las cuales podrían hacer más expedito el divorcio, o quizás menos traumático, pero en la mayoría de los casos, no logran impedirlo.

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO

SUMARIO

Introducción 1. El divorcio 2. Motivos de procedencia 3. Procedimientos 3.1. Divorcio contencioso 3.2. Divorcio no contencioso 3.3. Divorcio administrativo Conclusiones

Introducción

En la última década se ha vivido una ingente transformación en materia de disolución del matrimonio por vía judicial y, si bien la necesidad de una reforma es conforme con los exhortos que desde la doctrina científica se han realizado, la misma no ha emanado del órgano natural, que debió ser la Asamblea Nacional, sino que ha sido impulsada básicamente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –en algunos casos movidos por intereses sectarios–.

Lo anterior ha originado que tanto los supuestos de fondo como el decurso procesal corresponda hoy en día a determinadas interpretaciones judiciales

y no a lo que se desprende en un primer momento del texto de la ley, lo cual de por sí –en un sistema jurídico como el nuestro calificado de *civil law* que descansa sobre la legalidad–, origina inseguridad, desconfianza y arbitrariedad. Empero, la verdad del asunto es que el divorcio, según el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, no respondía a la realidad social y era más que evidente que urgía una evolución.

Ante el panorama descrito no queda otra opción que reflexionar sobre el vigente escenario y dejar para otro instante las razonadas quejas sobre si el fin justifica los medios. Lo palpable en los tribunales es que las decisiones de la Sala Constitucional –sents. N.ºs 1070/2016, 693/2015 y 446/2014– que trastoca el instituto del divorcio han calado y se aplican cada día.

En tal sentido, la propuesta con este breve ensayo es la de describir el divorcio actual en Venezuela, para lo cual se inicia con su definición, los motivos o causales que lo hacen procedente, el trámite judicial según sus particularidades y las respectivas conclusiones.

En todo caso, se advierte, la idea no es comentar las anteriores decisiones de la Sala Constitucional¹ y juzgar su doctrina, sino enfocar las energías en

¹ Vid. ESPINOZA MELET, Manuel: «La transformación del artículo 185-A del Código Civil». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 4. Caracas, 2014, pp. 244 y ss.; BREWER-CARIAS, Allan R.: «La Sala Constitucional como legislador positivo “reformando” el Código Civil en materia de divorcio», 2014, en: www.brewercarias.com; SILVA ARANGUREN, Antonio: «La Asamblea Nacional como amanuense de la Sala Constitucional». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 142. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 202 y ss.; ESCOVAR LEÓN, Ramón: «Reflexiones sobre la reinterpretación del artículo 185-A del Código Civil». En: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*. T. III. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, pp. 2257 y ss.; INNECCO DURÁN, María Fernanda: «Consideraciones sobre las sentencias N.º 446, 693, 1070 de la Sala Constitucional y la N.º 136 de la Sala de Casación Civil en el procedimiento de divorcio en materia de protección». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 72. UCAB. Caracas, 2018, *passim* (de la misma autora: *Análisis de la sentencia N.º 446 de la Sala Constitucional y su influencia en el procedimiento de divorcio contencioso en materia de protección*. UCAB. Trabajo especial de grado para optar al título de Especialista en Derecho

hilar fino y rescatar aquellos aspectos positivos que de los referidos fallos se desprenden. Pues, en definitiva, como lo recuerda PERELMAN:

Una característica de la interpretación judicial consiste, de una parte, en el respeto a las instituciones y su funcionamiento habitual, y de otra, en la búsqueda de la equidad, incluso si ésta o aquél son contrarios a una interpretación plausible de los textos. Los magistrados buscarán mil subterfugios y forzarán, si es preciso, las interpretaciones tradicionales, si se trata de salvaguardar el funcionamiento habitual de una institución o de aproximarse a una solución judicial considerada como equitativa, aunque ellos no sean capaces de encontrarle una justificación aceptable en Derecho².

1. El divorcio

Existen diversas situaciones que afectan la institución del matrimonio en su vida jurídica, ya sea en razón de que se declare su nulidad, se suspenda el cumplimiento de ciertos deberes conyugales, como ocurre con la separación judicial de cuerpos –caso donde el vínculo subsiste aunque con limitaciones– y, finalmente, los casos de disolución del matrimonio, los cuales proceden por dos supuestos concretos, en palabras del Código Civil: «Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio» (artículo 184)³.

El divorcio, a diferencia de la muerte, es un supuesto de disolución del vínculo propiamente jurídico el cual ocurre en vida de los cónyuges. Fue incorporado a la legislación venezolana en el Código Civil de 1904, y ha

de Familia y Niño. Caracas, 2018); VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *Estudios de Derecho de Familia*. Editorial RVLJ. Caracas, 2020, pp. 165 y ss.

² PERELMAN, Chaïm: «La interpretación jurídica». En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N.º 50. Granada, 2016, pp. 101 y 102.

³ Como indica SOJO BIANCO: «La disolución del matrimonio significa la total extinción, para el futuro, de un vínculo conyugal válidamente formado; en ningún caso afecta el pasado, ni tampoco los derechos adquiridos por los ex-esposos con motivo y con anterioridad a su separación», citado en: *Código Civil de Venezuela artículos 184 al 185-A*. 2.ª, UCV. Maruja BUSTAMANTE MIRANDA *et al.*, relatores (M. C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, actualización del tomo). Caracas, 1998, p. 40.

variado sutilmente en su regulación en los Códigos subsiguientes; implica un procedimiento judicial donde se declara disuelto el vínculo matrimonial.

MONSALVE CABALLERO lo define como «la ruptura del matrimonio, en vida de los esposos, bien por su común voluntad o, en el caso de los estados causalistas, por estar inmersa una de las conductas de los cónyuges en una de las causales que prevé la legislación para su procedencia, o bien por la voluntad de uno de los cónyuges»⁴.

STOLK entiende que «El divorcio en sí, viene a ser la legalización de una situación de hecho existente entre los cónyuges: da derecho al agraviado de pedir ante la justicia humana que se liberte de acuerdo con la ley, del vínculo que lo une con aquél que se ha encargado con su mala conducta, de deshacer el afecto que ha debido impulsarlo a la contratación de las nupcias»⁵.

De lo dicho se desprende que las notas características del divorcio es la extinción del vínculo matrimonial decretada por una autoridad⁶, que genera efectos a futuro, en razón de no cumplir el mismo con su finalidad ínsita, es decir, como consecuencia expresa o presunta de la ruptura para uno o ambos consortes del afecto y el ánimo de mantener la vida en común.

⁴ MONSALVE CABALLERO, Vladimir: «Hacia la contractualización del vínculo matrimonial». En: *Universitas*. N.º 110. Bogotá, 2005, p. 396.

⁵ STOLK, Carlos Eduardo: *El divorcio. Su fundamento y causales*. Lit. y Tip. del Comercio. Caracas, 1934, p. 14. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. 2.ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2014, p. 209, «El divorcio constituye la disolución por sentencia del vínculo matrimonial válidamente constituido» (también en: «El divorcio en Venezuela». En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV, N.º 11. La Ley. Buenos Aires, 2012, pp. 81-123); cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*. CENLAE. Caracas, 2019, pp. 252 y ss.

⁶ Como aclara LARRAIN RÍOS, Hernán: *Divorcio. Estudio de Derecho Civil comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1966, p. 25, «Por regla general el divorcio se acepta después de un procedimiento judicial, esto es, decretado por una autoridad con jurisdicción, siempre que se invoquen causales preestablecidas en la ley; pero también es posible obtener esa declaración, la llamaríamos ratificación, mediante acuerdo de las partes y no falta el país que establece el divorcio, la ruptura matrimonial definitiva, por voluntad unilateral de los cónyuges».

2. Motivos de procedencia

En un principio, una de las características del divorcio era que solo procedía bajo determinados supuestos o causales taxativas que debían probarse en el procedimiento respectivo⁷.

A tales fines, el artículo 185 del Código Civil indicaba varios supuestos delicados que justificaban la disolución del nexo matrimonial, entendiendo que la falta era en extremo grave, y las calificaba como: «causales únicas de divorcios»⁸. Por otro lado, la ley adjetiva, a objeto de garantizar que los jueces se ciñesen a los motivos expresamente tasados, determinaba: «El tribunal no admitirá ninguna demanda de divorcio o de separación de cuerpos que no esté fundada en algunas de las causales establecidas en el Código Civil» (artículo 755, en concordancia con el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil). En consecuencia, la falta de alegación de una causal de las indicadas en el Código Civil era motivo suficiente para oponer una cuestión previa (artículo 346.11 del Código Procedimiento Civil), que de ser declarada con lugar extinguía el proceso (artículo 356 *eiusdem*).

Sin embargo, el panorama cambió radicalmente, pues la Sala Constitucional por medio de determinados fallos –sents. N.ºs 1070/2016 y 693/2015– modificó dicho «sistema causalista» por uno que podríamos denominar «libre»⁹, ya que hoy en día se puede alegar cualquier motivo que justifique la disolución del vínculo¹⁰.

⁷ Recuérdese que, como comentaba DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), p. 149, el legislador «trata de dificultar la disolución del vínculo matrimonial».

⁸ En los códigos anteriores al de 1942, el término usado era: causales «legítimas» por «únicas», prefiriendo el legislador esta última locución «pues este vocablo da mayor claridad al pensamiento legislativo, al hacer ver que la enumeración de las causales de divorcio está hecha limitativamente, y no por vía demostrativa», *vid.* ob. cit. (*Código Civil de Venezuela artículos 184...*), p. 68.

⁹ SILVA ARANGUREN: art. cit. («La Asamblea Nacional...»), p. 203, lo califica como «divorcio ilimitado».

¹⁰ *Cfr.* INNECCO DURÁN: art. cit. («Consideraciones sobre las sentencias...»), p. 14. Ciertamente, apunta LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *El nuevo sistema matrimonial*

En tal sentido, no es que se suprimiera el catálogo de situaciones que, por su esencia, representan una afrenta grave a la relación jurídica matrimonial y por ello autorizan al cónyuge que no había dado motivo a ejercer la acción de divorcio y así obtener una sentencia que lo declara disuelto, sino que se han añadido otros supuestos que por su peculiaridad hacen más simple el divorcio por ser cuestiones de derecho que no están sujetos a prueba o contradicción.

Así, además de las tradicionales causales del artículo 185 del Código Civil: i. adulterio; ii. abandono voluntario; iii. excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común; iv. conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución; v. condenación a presidio; vi. adición alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común; vii. interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común; viii. conversión, pasado un año, de la separación de cuerpo en divorcio, y ix. separación de hecho por más de cinco años (artículo 185-A). Ahora se añade x. el desafecto o incompatibilidad de caracteres y xi. el mutuo acuerdo¹¹.

Ciertamente, con la sentencia N.º 693/2015 de la Sala Constitucional quedó establecido que las causales del artículo 185 del Código Civil no eran taxativas y que por lo tanto se podían alegar otras causas, «incluyéndose el mutuo consentimiento», y la sentencia N.º 1070/2016 cerró el círculo al agregar dentro de las nuevas causales el desafecto o incompatibilidad de caracteres.

español. Tecnos. Madrid, 1983, p. 182, «Las últimas reformas del Derecho de Familia consagran la liberalización del divorcio a través del reconocimiento del divorcio consensual y por causa de ruptura acreditada por la separación de hecho».

¹¹ Recuerda STOLK: ob. cit. (*El divorcio. Su fundamento...*), p. 26, «Según las épocas, y de acuerdo con la corrupción de costumbres se ha adoptado mayor o menor número de causales, facilitando o restringiendo el uso de la institución». Véanse también las diversas causales que se han adoptado en el Derecho comparado en LARRAIN Ríos, Hernán: *Divorcio. Estudio de Derecho Civil comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1966, pp. 183 y ss.

Sobre las causales tradicionales de los artículos 185 y 185-A del Código Civil consta abundante bibliografía¹², existiendo prácticamente unanimidad en las dificultades probatorias que las mismas traían incorporadas cuando eran llevadas a juicio, originando en muchos casos «fraudes procesales» con la finalidad de llevar al juez a la convicción de la verificación de la causa alegada¹³.

¹² Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), p. 152 y ss.; ob. cit. (*Código Civil de Venezuela artículos 184...*), *passim*; ESPINOZA MELET, Manuel: «El divorcio fundamentado en la causal de interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 6. Caracas, 2016, pp. 65 y ss.; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: «Algunas consideraciones sobre el adulterio como causal de divorcio (especial referencia a los antecedentes históricos)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 2. Caracas, 2013, pp. 271 y ss.; CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: «El abandono voluntario como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica a cierta visión doctrinal». En: *Studia Iuris Civilis. Libro homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2005, pp. 327 y ss. (del mismo autor: «El adulterio como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica al erróneo tratamiento jurisprudencial y doctrinal». En: *Temas de Derecho Civil. Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Vol. 1. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, pp. 121 y ss.); JURADO L., Daniel A.: «Derogatoria del procedimiento de divorcio establecido en el Código de Procedimiento Civil venezolano». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 4. UC. Valencia, 2008, pp. 291-296.

¹³ Sostenía URBANEJA ACHELPOHL, en la Comisión Codificadora Nacional, al proponer el «divorcio por mutuo consentimiento. En Venezuela, prácticamente a diario se realizan esta clase de divorcio sin poderlo impedir. La verdad queda escondida en el interior de la conciencia de ambos cónyuges, quienes simulan una causal, de ordinario, la de abandono voluntario o la de injuria grave», *vid. ob. cit. (Código Civil de Venezuela artículos 184...*), p. 31; *cfr.* HARTING R., Hermes: «Los aspectos resalantes de la Ley de reforma parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 35. UCAB. Caracas, 1986, p. 261, apuntaba en relación con la causal del artículo 185-A, «es factible que la antedicha figura jurídica pueda ser desnaturalizada por utilizarla realmente para la obtención del divorcio en un plazo perentorio, cuando la relación conyugal excede de cinco años sin que verdaderamente exista el requisito de la separación de hecho»; ESCOVAR LEÓN: *art. cit. («Reflexiones sobre la reinterpretación...»)*, p. 2264.

En contraste, las nuevas causales de desafecto o incompatibilidad de caracteres y de mutuo consentimiento simplifican sustancialmente su tramitación¹⁴, pues una no estaría sujeta a prueba por cuanto es un asunto subjetivo que se tramitaría como de mero derecho¹⁵, y la otra, en razón de no haber contención no estaría sujeta a prueba.

En todo caso, la Sala Constitucional señala sobre el desafecto y la incompatibilidad de caracteres lo siguiente:

... desafecto consiste en la pérdida gradual del apego sentimental, habiendo una disminución del interés por el otro, que conlleva a una sensación creciente de apatía, indiferencia y de alejamiento emocional, lo que con el tiempo lleva a que los sentimientos positivos que existían hacia el o la cónyuge cambien a sentimientos negativos o neutrales (...) De la misma forma, durante la unión matrimonial puede surgir la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges, la cual consiste en una intolerancia de alguno de los cónyuges para con su pareja, siendo exteriorizada en diversas formas lo que genera una permanente aversión que hace imposible la vida en común¹⁶.

¹⁴ PÉREZ HEREZA, Juan: «La separación y divorcio notarial». En: *El Notario del Siglo XXI*. N.º 63. Colegio Notarial de Madrid. Madrid, 2015, pp. 22 y ss., indica en el caso del Derecho español: «Tras la reforma operada por dicha ley (Ley 15/2005, del 8 de julio) el divorcio se obtiene a petición de ambas partes o de una sola de ellas sin necesidad de invocar causa objetiva alguna ni de pasar un previo proceso de separación judicial o de período alguno de ruptura de la convivencia. Consagrado legalmente el derecho a separarse o divorciarse al mismo nivel que el derecho a contraer matrimonio».

¹⁵ Expresa LÓPEZ ALARCÓN: ob. cit. (*El nuevo sistema...*), p. 199, sobre la prueba del *affectio coniugal*: «cuando se trata de demostrar que se ha extinguido el afecto conyugal con la ruptura espiritual profunda, continua e irreversible de la comunidad conyugal», la misma, por ser un hecho interno, «encierra graves dificultades al tener que recurrir a la prueba indirecta». Así, por ejemplo, ocurre con otras causales como señala MENDOZA, José Rafael: *El juicio del divorcio vincular*. 4.ª, Tipografía Nieves. Barquisimeto, 1966, p. 26, «Cuando la demanda se ha fundamentado en una condena a presidio, o en un adulterio comprobado en juicio penal (...) los jueces se tienen que limitar a constatar la sentencia acompañada y no habrá lugar a pruebas».

¹⁶ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 1070, del 09-12-16. Vale destacar que en varios proyectos se planteó la incorporación de esta causal, por ejemplo, el Proyecto de ley que regula

Lo anterior está en sintonía con la naturaleza jurídica del matrimonio, pues, como se indicó, la misma descansa en un vínculo afectivo de pareja¹⁷ y cuando el afecto se pierde a tal grado que origine una crisis familiar, lo aconsejable es tramitar su disolución y que los cónyuges puedan una vez extinguido el nexo continuar con sus vidas¹⁸.

Ahora bien, por la especial particularidad de esta causal al ser subjetiva y referirse al fuero interno de uno o ambos cónyuges, no tiene sentido un debate probatorio sobre su existencia, pues es más que suficiente la alegación seria que realice uno de los consortes para considerar que la misma se ha verificado. No hace falta esperar que tal desafecto o incompatibilidad llegue al extremo de exteriorizarse en una conducta censurable, ya que la idea es justamente evitar que se rebasen los términos que fija la dignidad y se generen escenarios traumáticos y lesivos para los miembros de la relación matrimonial y la familia en general. Por lo indicado la Sala Constitucional tímidamente afirma:

... en razón de encontrarse, de hecho, roto tal vínculo que originó el (...) matrimonio, este no debe de seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico, motivo por el cual no se puede someter a un procedimiento controvertido al cónyuge que alegue o haga evidenciar el desafecto o la incompatibilidad de caracteres en su demanda de divorcio (...). En consecuencia, considera esta Sala que con la manifestación de incompatibilidad o desafecto para con el otro cónyuge (...) no precisa de un contradictorio,

el matrimonio y su disolución de 1979: «Son causales únicas de divorcio: 1. La incompatibilidad de los cónyuges», *vid. ob. cit. (Código Civil de Venezuela artículos 184...)*, p. 109.

¹⁷ *Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (Estudios de Derecho de Familia)*, pp. 133 y ss.

¹⁸ Comenta CULACIATI, Martín Miguel: «Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en Argentina». En: *Ius*. Vol. 9, N.º 36. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Puebla, 2015, p. 391, aludiendo al Código Civil y Comercial argentino del 2015: «En la mente del legislador, desaparecido el afecto entre los cónyuges, se desvanece la causa de la relación matrimonial. De allí se desprende la relevancia del afecto para la perdurabilidad del matrimonio, y su desaparición como substrato volitivo para peticionar el divorcio. Justamente, el régimen de divorcio sin expresión de causa es el que mejor responde a la manda constitucional de autonomía y libertad».

ya que se alega y demuestra el profundo deseo de no seguir unido en matrimonio por parte del cónyuge-demandante, como manifestación de un sentimiento intrínseco de la persona, que difiere de las demandas de divorcio contenciosas¹⁹.

En relación con la otra causal introducida, referida al mutuo consentimiento²⁰, la Sala Constitucional observa que la misma obtiene su fundamento en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal (artículo 8.8), que atribuye competencia a los jueces de paz para: «Declarar, sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho cuando sea por mutuo consentimiento; los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial del juez o jueza de paz comunal; y no se hayan procreado hijos o de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud»²¹, por tanto:

... esta Sala Constitucional realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil, y declara, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil

¹⁹ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 1070, citada *supra*.

²⁰ Vid. LARRAIN RÍOS: ob. cit. (*Divorcio. Estudio...*), p. 271, «Indistintamente suele llamarse “mutuo consentimiento” o “mutuo disenso” al acuerdo de voluntades de los cónyuges que quieren poner legalmente fin a su vida matrimonial». PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Un “fantasma” recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial». En: *Anuario de la Facultad de Derecho*. N.º 27. Universidad de Extremadura. Badajoz, 2009, p. 334, «El divorcio por mutuo acuerdo no supone la existencia de *litis*, no se promueve cuestión alguna entre *nolentes*, no hay proceso, tan solo con él se garantizan derechos, se cautelan derechos».

²¹ Señala DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), p. 150, «Con anterioridad de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, se decía que no existía divorcio de “mutuo acuerdo” en razón de la naturaleza de la materia». Por nuestra parte, indicamos de pasada al comentar dicho artículo: *El Registro del Estado Civil*. Vol. 1 (Organización y principios sectoriales). Editorial RVLJ. Caracas, 2018, p. 73, que «lo más censurable de la norma es que autoriza a través de una norma atributiva de competencia el «divorcio libre», sin ribetes, ni rubor, tesis que, si bien es plausible, exige una regulación sustantiva y adjetiva a los fines de evitar problemas en la hermenéutica».

no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N.º 446/2014 (...) incluyéndose el mutuo consentimiento²².

STOLK señala: «si se admitiera el divorcio por mutuo consentimiento, este mutuo consentimiento vendría a ser una prueba de la existencia de una causal legítima, y con ello no atendería la ley contra el orden social (...) se acabaría con el abuso que de las otras causales se hace»²³.

3. Procedimientos

El divorcio continúa tramitándose por vía judicial y para tales fines se requiere distinguir entre varios tipos de procesos. En otras palabras, hay que diferenciar si el motivo que se alega como fundamento de la pretensión o solicitud corresponde a un supuesto contencioso o a uno de jurisdicción voluntaria, pues de tal elemento derivará el trámite específico.

3.1. Divorcio contencioso

En este supuesto se alude a aquellos casos en los cuales se pretenda alegar una de las causales tradicionales del artículo 185 del Código Civil, las cuales si la pareja es adulta y sin hijos comunes menores de 18 años se sustanciará según el procedimiento especial regulado en el Código de Procedimiento Civil (artículos 754 y ss.)²⁴.

Si el asunto es competencia de los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes se tramitará por su procedimiento ordinario (artículos 177

²² Vid. TSJ/SC, sent. N.º 693, citada *supra*.

²³ STOLK: ob. cit. (*El divorcio. Su fundamento...*), pp. 74-76.

²⁴ No creemos que en juicios especiales como el de divorcio pudiera acontecer la implementación de un «procedimiento civil único» que fijó la Sala de Casación Civil –sent. N.º 397, del 14-08-19– y que entraría en vigencia si la Sala Constitucional confirma la decisión.

parágrafo primero literales j y k, 178, 450 y ss. de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)²⁵.

En todo caso, estos supuestos carecen actualmente de relevancia, pues, al existir otras alternativas más eficaces y expeditas, sería una verdadera curiosidad que alguien invoque una causal contenciosa de las tradicionales para lograr el divorcio. Salvo, claro está, que se aspire a una pensión compensatoria (artículo 195 del Código Civil), ya que en dicho supuesto se exige, además de otros elementos, que se acuerde el divorcio según una de las causales establecidas en los primeros seis numerales del artículo 185 del Código Civil²⁶.

3.2. *Divorcio no contencioso*

Son causales de divorcio no contenciosas la solicitud de conversión de la separación de cuerpo en divorcio, la separación de hecho por más de cinco años, el desafecto o incompatibilidad de caracteres y el mutuo consentimiento. Ciertamente, apunta DOMÍNGUEZ GUILLÉN:

... la voluntad de las partes puede ser canalizada a formas no contenciosas de disolución del vínculo matrimonial, específicamente a través de la separación de cuerpos —con miras a conversión en divorcio en un año—, de la ruptura prolongada de la vida en común (artículo 185-A del Código Civil) o del divorcio ante la justicia de paz cuando no existen hijos menores²⁷.

²⁵ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), pp. 206 y ss.

²⁶ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La pensión compensatoria en el Derecho venezolano: Escasa aproximación legislativa». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 5 bis. IDIBE. Valencia, 2016, pp. 166 y ss.

²⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), p. 150. Estos supuestos se ubican en lo que LÓPEZ ALARCÓN: ob. cit. (*El nuevo sistema...*), pp. 183 y 198, denomina: «divorcio-ruptura» y «lo que se pretende es constatar una situación de quiebra del matrimonio, cualesquiera que fueren sus motivos, que permanecen ocultos; el divorcio se declara porque se ha extinguido la comunidad de vida conyugal, porque ya no hay relación entre las personas de los cónyuges con el afecto y el trato propio de la relación conyugal», por tanto «allí donde hay una separación prolongada puede presumirse que se ha consumado la quiebra profunda del ánimo conyugal, elemento unitivo que integra a los cónyuges en sus afectos».

La Sala Constitucional subrayó que tanto la solicitud de conversión de la separación de cuerpo en divorcio como la separación de hecho por más de cinco años correspondían a procedimientos de jurisdicción voluntaria²⁸ y que eventualmente podría surgir contradicción en relación con la reconciliación o en el supuesto de que uno de los cónyuges se opusiere²⁹, considerando que en dichos casos debía evacuarse una articulación probatoria para dilucidar la oposición y, de acuerdo con su resultado, decretar la extinción o no del vínculo matrimonial; en concreto dispuso:

Ante la negativa del hecho de la separación por parte del cónyuge demandado prevista en el artículo 185-A del Código Civil, el juez que conoce la pretensión debe abrir una articulación probatoria para constatar si es cierto lo que señala el solicitante, la cual será la del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, ya que ante un caso de igual naturaleza: la petición de conversión de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento

²⁸ Cfr. ESPINOZA MELET: art. cit. («La transformación del artículo...»), p. 235. En Derecho comparado, LÓPEZ ALARCÓN: ob. cit. (*El nuevo sistema...*), p. 287, comenta: «se discute sobre la naturaleza jurídica de este proceso. Hay autores que se inclinan abiertamente por calificarlo de acto de jurisdicción voluntaria».

²⁹ Expresa KIELMANOVICH, Jorge L.: *Procesos de Familia*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998, p. 220, parafraseando a PALACIO, en el divorcio por separación personal con presentación conjunta «se trata de un proceso voluntario, en el que no cabe hablar así de una pretensión sino de una petición, sin que ello implique que, como en cualquier otro, puedan suscitarse cuestiones que deban ser resueltas por un proceso contencioso, incluso incidental». Para VIDAL TAQUINI, Carlos H.: *Matrimonio Civil*. Astrea. Buenos Aires, 1991, p. 597, para el caso de conversión de la separación en divorcio, «El juez no debe efectuar un control de mérito sobre la petición, ya que para emitir su sentencia solo debe verificar la concurrencia de las circunstancias señaladas, con imposibilidad de transformar la actuación procesal en contenciosa». Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), pp. 188 y 190, «es de indicar que la “separación de cuerpos” cuyo efecto es suspender la vida en común de los esposos de conformidad con el artículo 188 del Código Civil, si bien generalmente es voluntaria o no contenciosa, pudiera revestir carácter contencioso –aunque sea poco común en la práctica–», en el caso de la conversión en divorcio «un procedimiento en principio sumario y no contencioso podría generar una suerte de contención –aunque no forme parte de su esencia– si surge el alegato de la reconciliación. Se indicó que la incidencia probatoria relativa a la reconciliación no le haría perder al procedimiento su naturaleza no contenciosa».

en divorcio, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 765 prevé que si citado el cónyuge que no solicitó la conversión, éste alegare reconciliación, se abrirá la articulación probatoria del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil para que se pruebe la reconciliación, habiendo quedado ya probada la suspensión de la vida en común con el decreto judicial que autoriza la separación de cuerpos (...) Ello es lo que permite así calificar el carácter potencialmente contencioso del proceso estatuido en el artículo 185-A del Código Civil, a través del cual se declara el divorcio cuando es solicitado por uno de los cónyuges aduciendo la ruptura fáctica del deber de vida en común por un lapso mayor a cinco años; pues como ya se ha dicho, puede surgir la situación según la cual, el cónyuge que no propuso la solicitud (...) puede perfectamente oponer, negar y contradecir los hechos sostenidos por el solicitante (...) Además, la calificación del procedimiento como contencioso o de jurisdicción voluntaria no está sujeta a la existencia o no de una articulación probatoria. Así, el artículo 11, aparte único, del Código de Procedimiento Civil, prevé que en los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los jueces deben obrar con conocimiento de causa y, al efecto, pueden exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encuentren deficiente y aún requerir otras pruebas que juzguen indispensables, todo sin necesidad de la tramitación de la causa por vía de procedimiento judicial ordinario. Para tal fin, el mecanismo idóneo debe ser la articulación probatoria (...) i. la separación de cuerpos por «mutuo acuerdo» supone, en principio, al igual que el divorcio *ex* artículo 185-A, un juicio de aparente «jurisdicción voluntaria» por la circunstancia que ambos cónyuges de forma libre y espontánea, peticionan (...) (véase artículo 762 del Código de Procedimiento Civil), la ruptura de la vida en común; ii. una vez acordada la separación, los cónyuges pueden de «mutuo acuerdo» y sin contención alguna, solicitar la conversión de la aludida separación en divorcio; iii. no obstante, si una vez efectuada la anterior solicitud de conversión por uno solo de los cónyuges, el otro «alegare» la «reconciliación», esto es, afirmase que se han restablecido los atributos y deberes del matrimonio que incluyen, pero no exclusivamente, la «vida en común», el juez —en aparente jurisdicción

«voluntaria»—, resolverá ese controvertido o debate, a través de la articulación probatoria...³⁰.

Sobre los anteriores procedimientos, LÓPEZ ALARCÓN —refiriéndose al caso español— apuntó:

Es lógico que la configuración pacticia de la separación personal tenga una versión procesal simplificada y convencional, que viene a limitarse a la comprobación de que concurren los requisitos establecidos por la ley, concretamente el matrimonio, su celebración (...) y el acuerdo de separación que se presume implícito en la demanda presentada de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el posterior asentimiento del otro. La sentencia que pronuncia la separación homologa dichos requisitos y se apoya en el *pactum separationis*.³¹.

³⁰ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 446 del 15-05-14. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), pp. 198 y 199, en caso de oposición se muestra contraria a la «apertura de una incidencia» o articulación probatoria. Este tema se planteó con relación a la reconciliación en los juicios de conversión en divorcio de la separación de cuerpos, estando vigente el Código de Procedimiento Civil de 1916, en el cual BORJA estaba a favor de una articulación probatoria, vid. DUQUE SÁNCHEZ, José Román: «La conciliación en los juicios de separación de cuerpos y de conversión en divorcio». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 29. Caracas, 1964 pp. 1-9; LORETO, Luis: «La conversión de la separación de cuerpos en divorcio». En: *Ensayos jurídicos*. Fabretón. Caracas, 1970, pp. 231 y ss.; RAMOS SOJO, César José: «Situación de hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho venezolano». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 85. UCV. Caracas, 1992, pp. 370, «Planteada la reconciliación como cuestión de hecho, el juez debe abrir la articulación probatoria para que quien la alegó proceda a probar por todos los medios dirigidos al esclarecimiento de los hechos».

³¹ LÓPEZ ALARCÓN: ob. cit. (*El nuevo sistema...*), p. 286. Vid. NAVA DE VILLALOBOS, Hortensia: *El divorcio de hecho en la legislación venezolana. Artículo 185-A del Código Civil*. s/e. Maracaibo, 1985, p. 16, considera: «el divorcio contemplado en el artículo 185-A, constituye una vía ejecutiva rápida, breve y sumaria para disolver el vínculo matrimonial a través de un procedimiento *sui generis* y con fundamento en una separación fáctica de los cónyuges de por lo menos cinco años, acompañada de la ruptura prolongada de la vida en común»; *cf.* ESPINOZA MELET: art. cit. («La transformación del artículo...»), p. 236, «Es un procedimiento rápido, expedito, por medio del cual se quiere obtener una sentencia que solucione la irregularidad de la

Por otra parte, en referencia al decurso de las solicitudes de divorcio fundadas en el desafecto o incompatibilidad de caracteres, la Sala Constitucional señaló:

... al observar la incompatibilidad de caracteres señalada por el solicitante debió decretar el divorcio siguiendo el procedimiento previsto en el cuarto y quinto aparte del artículo 185-A del Código Civil, por lo que al proceder en la forma en que lo hizo, permitiendo un contradictorio no previsto para tal solicitud, transgredió los derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y contrarió la jurisprudencia vinculante de esta Sala...³².

Entonces, para los supuestos de desafecto o incompatibilidad de caracteres y mutuo consentimiento, al ser también asuntos donde no hay debate probatorio y, en consecuencia, contención, lo procedente es su tramitación por un procedimiento compatible a la jurisdicción voluntaria.

Si la solicitud de divorcio por desafecto o incompatibilidad de caracteres procede de uno solo de los cónyuges, lo procedente es la notificación de otro y que el juez decida con base en lo alegado y conste en el expediente, y en el supuesto de solicitud de divorcio por mutuo consentimiento correspondería su homologación³³. En ambos casos no tendría ningún sentido un debate probatorio u oposición sobre el tema del divorcio. En todo caso, como indicábamos en otra oportunidad: «todo ejercicio de una competencia decisoria exige por lógica un trámite o procedimiento aunque sea sumario o abreviado, el juez como mínimo debe recibir la solicitud, verificar que están

situación matrimonial». Por su parte, LARRAIN RÍOS: ob. cit. (*Divorcio. Estudio...*), p. 277, sostiene: «Un grupo más moderno de legislaciones establecen, para obtener el divorcio por mutuo acuerdo, un procedimiento mucho más rápido y expedito».

³² Vid. TSJ/SC, sent. N.º 1070, del 09-12-16.

³³ LÓPEZ ALARCÓN: ob. cit. (*El nuevo sistema...*), p. 183, «prevalece la voluntad de los cónyuges que deciden poner fin a su matrimonio, si bien se ha arbitrado por las legislaciones un procedimiento de homologación que garantice la seriedad del acuerdo de divorcio y el establecimiento de medidas adecuadas».

resguardados los extremos de ley y decidir, aunque realice dichas actividades en un acto único»³⁴.

Cuando estos asuntos corresponden a adultos sin hijos comunes menores de edad por ser de jurisdicción voluntaria los conocen actualmente los tribunales civiles de municipio. Específicamente, la Sala Constitucional ha atribuido transitoriamente la competencia a dichos juzgados³⁵.

En el caso de que alguno de los cónyuges sea adolescente o existan hijos menores de edad corresponde su conocimiento a los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes y se tramitaría según el procedimiento especial de jurisdicción voluntaria que trae la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículos 177 párrafo segundo literal g, 178, 511 y ss.)³⁶.

Ciertamente, aquí el debate se centraría en construir un acuerdo sobre las instituciones familiares que afectan a los hijos –responsabilidad de crianza, obligación de manutención y convivencia familiar–; se debe escuchar la opinión de los hijos³⁷, y si existe una propuesta de acuerdo se homologaría si no es contraria al interés superior de los niños interesados en el procedimiento. Sobre este particular sostuvo la Sala Constitucional:

... deberán los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes permitir con base en la doctrina contenida en el presente fallo tramitar

³⁴ Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*El Registro del Estado...*), vol. 1, p. 73.

³⁵ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 1710, del 18-12-15. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Instituciones fundamentales...*), p. 254.

³⁶ Vid. INNECCO DURÁN: art. cit. («Consideraciones sobre las sentencias...»), p. 15, «en aquellos casos de divorcio de mutuo consentimiento, en donde las partes alegan diferencias irreconciliables y no tienen más de 5 años separados, los tribunales de protección han acatado la nueva doctrina, declarándolo con lugar y el procedimiento empleado es el de jurisdicción voluntaria».

³⁷ Cfr. *ibíd.*, p. 9, «siempre será importante contar con la opinión del niño, niña o adolescente, cuando esta pueda ser tomada en función a la edad y desarrollo del mismo».

conforme al procedimiento de jurisdicción voluntaria, previsto en los artículos 511 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, las solicitudes de divorcio de mutuo consentimiento que presenten ambos cónyuges, sin más exigencias que el acta de matrimonio y de nacimiento de los niños, niñas y adolescentes de que se trate, así como el acuerdo previo de los cónyuges acerca de las instituciones familiares, esto es, lo relativo a la responsabilidad de crianza del o los menores de edad que hubiesen procreado (...) custodia, obligación de manutención y régimen de convivencia familiar, a efectos de que sean evaluados por el juez (...) y determinar si son convenientes para los niños, niñas o adolescentes de que se trate y conferir la homologación, en caso de que no lo sea el juez (...) ordenará su corrección. La homologación del acuerdo acerca de las instituciones familiares será requisito necesario para la declaratoria del divorcio³⁸.

Finalmente, según la doctrina jurisprudencial antes reproducida, es claro deducir que, a partir de los precedentes citados, la mayoría de los juicios de divorcios se tramitarán bajo el fundamento del «desafecto» –si la solicitud es unilateral–, y si existe acuerdo entre la pareja será por «mutuo consentimiento». En ambos casos, se sustanciará a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria ante los tribunales de municipio³⁹, y si existen hijos

³⁸ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 693, del 02-06-15. Comenta SILVA ARANGUREN: art. cit. («La Asamblea Nacional...»), p. 204, que antes de esta sentencia «el divorcio de parejas con hijos menores de 18 años seguía estando limitado por las causales únicas del Código Civil y lo que hizo la Sala Constitucional fue eliminar esa restricción, pero, a diferencia del caso de la Ley mencionada en el párrafo anterior (Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal), lo hizo tomando el papel de legislador y creando auténticas reglas generales de Derecho».

³⁹ *Vid.* Tribunal Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 22-11-16, exp. N.º AP31-S-2016-005650, en el cual se decide con lugar una solicitud de divorcio por incompatibilidad de caracteres. Véase también: TSJ/SCC, sent. N.º 2, del 30-01-19, en la cual se ratifica el criterio de que en las causas por divorcio bajo la causal de desafecto «... se trata de un procedimiento de mero derecho y no contencioso, en el cual, como se dijo anteriormente, no existe la posibilidad para proponer recurso ordinario alguno, y mucho menos la posibilidad de que pudiera proponerse

menores de edad en común o uno de los cónyuges es adolescente, conocerá el tribunal de protección, para lo cual se acompañará a la solicitud con la propuesta de acuerdo sobre las instituciones familiares o, si es por mutuo consentimiento, con el acuerdo para su homologación.

3.3. *Divorcio administrativo*

No podemos concluir estas líneas sin reflexionar sobre las nuevas tendencias en materia de divorcio, así ya superadas las visiones conservadoras que se atrincheraban en las restricciones para la disolución del vínculo matrimonial⁴⁰, y posicionándose la tesis del «divorcio libre» —en el sentido de que se puede alegar cualquier motivo que justifique la extinción del nexo, donde resalta el desafecto y el mutuo acuerdo—, corresponde ahora cavilar sobre si debería desjudicializarse el asunto del divorcio⁴¹. Sobre el tema comenta PÉREZ GALLARDO:

Se trata de una ola expansiva, a mi juicio, ya indetenible, consecuencia del influjo marcado que unos ordenamientos jurídicos tienen sobre otros, en un continente, en el que lo próximo prima sobre lo extraño, en tierras que abrazan una misma historia, idéntico contorno geopolítico, una misma religión y con una comunidad lingüística. Es cierto que cada país ha legislado bajo su impronta, teniendo en cuenta sus propias particularidades, pero con un denominador común: el descongestionar la función judicial y atribuirle competencia al notario, genuina expresión de la seguridad jurídica, garante ineludible del principio de legalidad...⁴².

recurso extraordinario de casación». Empero, lo anterior podría chocar con la garantía a la doble instancia y el derecho constitucional a la casación, *vid.* FUENTES ESPINOZA, Carlos: «Recurso de casación: ¿derecho constitucional?». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 12. Caracas, 2019, pp. 255 y ss.

⁴⁰ ESCOVAR LEÓN: art. cit. («Reflexiones sobre la reinterpretación...»), p. 2265, sostiene: «la interpretación de las normas del Código Civil deben facilitar el divorcio y no obstaculizarlo (...) la interpretación debe estar dirigida a permitir que los justiciables puedan divorciarse sin obstáculos derivados de interpretaciones simples y literales de las normas jurídicas».

⁴¹ CULACIATI: art. cit. («Razones y sinrazones...»), p. 393, «la desjudicialización constituye el paso siguiente en este camino, el cual propone la nueva fisonomía del divorcio y, en definitiva, contribuye a facilitarle la vida a la gente».

⁴² PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Un “fantasma” recorre...»), p. 329.

Ciertamente, la misma Sala Constitucional que efectuó la *sui generi* reforma del divorcio en Venezuela comentada *supra*, cuando repara en si deben ser limitativas las causales trae a colación diversos ordenamientos jurídicos foráneos en los cuales el divorcio por mutuo consentimiento se encuentra atribuido a órganos administrativos⁴³.

En efecto, hoy en día en el Derecho español, a través de la Ley 15/2015, del 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que reforma parcialmente algunos artículos del Código Civil, se establece que el divorcio de mutuo acuerdo podrá tramitarse extrajudicialmente, ante secretario judicial o el notario, siempre que no haya hijos menores de edad ni con la capacidad de obrar modificada judicialmente (artículos 82 del Código Civil, 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 54 de la Ley del Notariado).

En Perú, por medio de la Ley N.º 29 227/2008 de 15 de mayo, se regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, correspondiendo a un trámite administrativo.

En Colombia, según la Ley N.º 962/2005, del 8 de julio –por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos; también Decreto N.º 4436, del 28 de noviembre de 2005–, procedería el divorcio ante notario

⁴³ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 693, citada *supra*. PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Un “fantasma” recorre...»), p. 331, menciona, además: Brasil (Ley N.º 11411, del 04-01-07, que modifica el Código de Procedimiento Civil), Ecuador (Ley N.º 2006-62, reformatoria a la Ley notarial; *Registro Oficial*, N.º 406, del 28-11-06) y Cuba (Decreto-Ley N.º 154, del 06-09-94, sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario); al cual se agregaría más recientemente Nicaragua (Código de Familia, Ley N.º 870, del 24-06-14) y Puerto Rico (Ley N.º 52, del 27-07-17, sobre divorcio por consentimiento mutuo en sede notarial); *vid.* del mismo autor: «Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar». En: *Anuario de la Facultad de Derecho*. N.º 31. Universidad de Extremadura. Badajoz, 2014, p. 434; «El divorcio por consentimiento mutuo ante notario en el Derecho boricua: los claroscuros de su regulación legal». En: *Revista Jurídica*. Vol. LII, N.º 1. Universidad Interamericana de Puerto Rico. San Juan, 2018, pp. 131 y ss.

por mutuo acuerdo, interviniendo el defensor de familia –figura similar al consejero de protección de nuestro sistema– únicamente cuando existan hijos menores a los fines de garantizar los derechos de los infantes en relación con el acuerdo que se proponga (artículo 34).

En México, según reforma del Código Civil del Distrito Federal del 2000, los cónyuges de mutuo acuerdo, si no tienen hijos y han liquidado la sociedad conyugal, pueden acudir al juez del registro civil –similar a nuestro registrador civil⁴⁴– a solicitar el divorcio (artículo 272).

Como se aprecia de los ordenamientos citados, existe una tendencia creciente en desjudicializar el divorcio. La propuesta sería asignar esta atribución a los registradores civiles⁴⁵, lo cual estaría en concordancia con el principio de «paralelismo de las formas», pues si el matrimonio en Venezuela se celebra actualmente ante un registrador civil –u otro funcionario colaborador,

⁴⁴ Comenta PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Un “fantasma” recorre...»), p. 334, «Ha de aclararse que el juez encargado del registro civil no es un juez en sentido técnico, sino un oficial administrativo».

⁴⁵ Para el éxito de esta propuesta se es de la idea que para el cargo del registrador civil debe exigirse la profesión de abogado, pues, como lo hemos denunciado en otra oportunidad, las funciones de calificación y su activa participación demandan profundos conocimientos jurídicos y preferiblemente con especialización en Derecho Registral y Notarial. Lamentablemente, la Ley Orgánica de Registro Civil optó por simplificar las credenciales, *vid.* VARELA CÁCERES: *ob. cit.* (*El Registro del Estado...*), vol. 1, pp. 76, 98 y ss. En todo caso, podría también otorgarse competencia concurrente a los notarios para estos fines, los cuales después de autenticar el divorcio lo remitirían al Registro del Estado Civil para su inserción. Comenta de pasada LUPINI BIANCHI, Luciano: «Recientes desarrollos de la mediación y otros mecanismos de resolución alternativa de controversias en Europa». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 13. Caracas, 2020, pp. 644 y ss., que en Italia por medio de la Ley N.º 162, el 10-11-14, que convierte en ley, con puntuales modificaciones, el Decreto-Ley N.º 132, del 12-09-14, sobre «Medidas urgentes para la desjudicialización y otras intervenciones para la solución del atraso en materia de proceso civil» se «introdujo la posibilidad de los cónyuges de dirigirse al oficial del Estado Civil –el alcalde– para pedir directamente la separación o divorcio –lo que los italianos llaman ahora separación o divorcio *fai da te* o *self made*–, sin intervención del juez», véase: artículo 12, <https://www.gazzettaufficiale.it>.

pero ya no ante el juez⁴⁶–, lo lógico es que este funcionario sea el competente para su disolución cuando es por mutuo consentimiento o incluso por desafecto o incompatibilidad de caracteres⁴⁷.

Además, la coherencia lo exige, pues si la disolución de una unión estable de hecho puede hacer constar de forma unilateral o conjunta ante el funcionario del Registro (artículo 122.1 de la Ley Orgánica de Registro Civil), no se observa impedimento para que se implemente un mecanismo «similar» para el divorcio, más cuando para este ya no se requiere de la prueba de un determinado motivo de procedencia⁴⁸.

Por otra parte, se aprovecharían las ventajas que aporta el nuevo modelo de Registro del Estado Civil. En efecto, debe recordarse que nuestro Registro –en teoría– es ahora automatizado y electrónico y ello implica que:

⁴⁶ Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*El Registro del Estado...*), vol. 1, p. 71, son competentes «los alcaldes o funcionarios designado por estos, o los capitanes de buques de bandera venezolana en relación con la celebración de matrimonios (artículo 99 de la Ley Orgánica de Registro Civil, en concordancia con los artículos 60 y 61 del Reglamento), en el caso excepcional del «matrimonio en artículo de muerte» pueden celebrar el acto cualquier autoridad y, en su defecto, tres personas mayores de edad (artículos 98 y 101 del Código Civil, en concordancia con el artículo 110 de la Ley Orgánica de Registro Civil)».

⁴⁷ Cfr. HERNÁNDEZ LEÓN y FERNÁNDEZ DÍAZ, refiriéndose al Derecho cubano, sostienen: «Debe corresponderle un trámite sencillo como la propia formalización del matrimonio, ante los encargados del Registro del Estado Civil y sin otro requisito que la manifestación libre y consciente de la voluntad, por cualquiera de los cónyuges, en romper el ligamen», citado en PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Un “fantasma” recorre...»), p. 336. Para el caso español, apuntaba PÉREZ HEREZA: art. cit. («La separación y divorcio...»), *passim*, «puesto que el matrimonio puede contraerse ante distintas autoridades –judiciales o no–, era lógica la reforma que desjudicializase la separación y el divorcio. Y, puestos a determinar qué autoridad no judicial debía ser la destinataria de la nueva competencia, los notarios eran los llamados naturalmente a desempeñar esta función. Al fin y al cabo, la autoridad pública que conoce del divorcio y separación consensual fundamentalmente debe controlar la capacidad y la correcta formación de la voluntad de las partes, que es lo que en esencia hace un notario al autorizar las escrituras públicas».

⁴⁸ Así ocurre, por ejemplo, en el Código de Familia de Nicaragua (artículo 84), *vid.* PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Divorcio por mutuo...»), p. 434.

i. Se gana en facilitar el manejo de la información. ii. La automatización del registro habilita el efectuar una organización sistematizada y coherente en torno a la persona. iii. Siempre se ha señalado que las nuevas tecnologías de la información y comunicación poseen la ventaja que rompen las barreras burocráticas, pues sus herramientas generalmente incorporan elementos amigables y de fácil manejo para la colectividad en general. En el presente caso, el archivo automatizado además de su simplificación, añade la posibilidad de que para efectuar sus trámites o consultar los documentos archivados no requiera acudir a las sedes físicas, sino todo puede perfectamente realizarse desde la tranquilidad del hogar de los usuarios⁴⁹.

La desjudicialización del referido asunto implicaría como ganancia que se mantendría la seguridad jurídica, pues la institución registral cuenta con garantías en dicho aspecto; se descongestionarían los juzgados que actualmente conocen de estos procedimientos en jurisdicción voluntaria⁵⁰; y generaría una ventaja clara para los cónyuges, que pueden aprovechar las facilidades que ofrece un registro automatizado. En todo caso, aclara PÉREZ GALLARDO:

⁴⁹ Vid. CHACÓN GÓMEZ, Nayibe y VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La automatización del Registro Civil y la protección de los datos en Venezuela». En: *Derecho de las nuevas tecnologías*. Popocatépetl. F. M. CARRASCO FERNÁNDEZ, coord. Puebla, 2018, pp. 53 y ss.

⁵⁰ Cfr. PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Un “fantasma” recorre...»), p. 338; CULACIATI: art. cit. («Razones y sinrazones...»), pp. 397 y ss. Vid. PÉREZ HERESA: art. cit. («La separación y divorcio...»), pp. 22 y ss., «Esta nueva vía va a suponer una descarga de trabajo para los tribunales y una agilización del trámite, por lo que la reforma merece desde ambos puntos de vista un juicio positivo, ya que estas ventajas se consiguen sin merma de los derechos y garantías de los ciudadanos»; PÉREZ HERESA, Juan: «Divorcio notarial: problemas prácticos». En: *El Notario del Siglo XXI*. N.º. 73. Colegio Notarial de Madrid. Madrid, 2017, p. 156, «estamos ante un divorcio casi instantáneo, sin que ello deba suponer una merma en la protección de los cónyuges, pues me consta la preocupación de los notarios por evitar que su consentimiento sea precipitado, tomando las medidas oportunas para asegurarse de que es libre y meditado»; VARA GONZÁLEZ, José Manuel: «Jurisdicción de familia y divorcio notarial». En: *El Notario del Siglo XXI*. N.º. 64. Colegio Notarial de Madrid. Madrid, 2015, pp. 24-29, analiza con datos estadísticos la desjudicialización en España del divorcio por mutuo acuerdo.

No se trata de disminuir o aumentar costes económicos, tampoco de descongestionar la labor de los tribunales, aunque indirectamente ello repercute en ambos sentidos. De lo que se trata es de atribuir al notario lo que por naturaleza de su función le corresponde. El divorcio por mutuo consentimiento es un acto no contencioso, un negocio jurídico familiar, hoy día aceptado en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, potenciándose la autonomía privada, sin perder de vista que el divorcio, aun sin hijos menores de edad o incapacitados judicialmente, trasciende para la familia y también para la sociedad. El hecho de que hoy prevalezca la concepción del divorcio-remedio y no del divorcio-sanción, no privatiza al divorcio. La noción pública y social del Derecho de Familia sigue prevaleciendo, pero no se olvide que la función notarial, es por naturaleza también pública y social...⁵¹.

En cuanto a la propuesta, somos de la opinión de que el hecho de que existan hijos comunes menores de edad no debe ser un impedimento para asignarle la competencia al registrador civil, pues en dicho caso lo procedente es que se remita copia del divorcio con la propuesta de acuerdo sobre las instituciones familiares a una defensoría de niños o adolescentes, para que ofrezca su asesoría o solicite esta última su homologación ante el tribunal de protección, e incluso podrían acudir primero a la defensoría y construir el acuerdo y después solicitar el divorcio (artículos 202 literales f y 315 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)⁵². Apunta CULACIATI:

⁵¹ PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Divorcio por mutuo...»), p. 434.

⁵² PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Un “fantasma” recorre...»), pp. 341 y ss., recuerda que en Colombia y Cuba el notario conoce de divorcios por mutuo consentimiento así la pareja tenga hijos menores de edad, «partiendo de la experiencia cubana, no creo que exista valladar alguno para atribuirle al notario el conocimiento del divorcio, aun cuando existan hijos menores de edad o mayores judicialmente incapacitados». También, en Francia se aprobó una reforma del Código Civil –según Ley N.º 2016-1547, del 18-11-16, artículo 50, vigente desde el 2017– para permitir «un divorcio de mutuo acuerdo, por acto privado refrendado por abogado y protocolizado notarialmente» incluso con hijos menores de edad, *vid.* PEREÑA VICENTE, Montserrat: «“Divorcio a la francesa”, la inquietante evicción del notario en el divorcio por mutuo acuerdo del Código de Napoleón». En: *El Notario del Siglo XXI*. N.º. 79.

Estamos convencidos de que la introducción del divorcio extrajudicial debe estar acompañada de una protección especial en favor de los hijos menores de edad o incapaces. La intervención del defensor de menores evita que, de lo propuesto en el convenio regulador, pueda derivarse un perjuicio para aquellos. Se logra en sede extrajudicial, lo cual a la postre se obtendría en sede judicial, luego de un agotador proceso. Pero negarles la opción a los cónyuges ¿es una protección efectiva para los hijos? ¿Acaso impedirles a los progenitores un divorcio, que decidieron en común acuerdo, y confinarlos a los tribunales contribuye al interés superior del niño? Creemos que las respuestas negativas se imponen⁵³.

En cuanto al trámite, iniciaría con una solicitud –sin estar revestido de formalidades– dirigida a cualquier registrador civil⁵⁴, presentada conjunta o por

Colegio Notarial de Madrid. Madrid, 2018, pp. 51 y ss.; consúltese los artículos 229 al 229-4 del *Code civil*, <https://www.legifrance.gouv.fr>. También, LUPINI BIANCHI: art. cit. («Recientes desarrollos...»), pp. 641 y ss., comenta que previamente por medio de la Ley N.º 2010-1609, del 22-12-10, se incorporó al Código Civil francés un mecanismo de negociación asistida por abogados o *convention de procédure participative* (artículos 2062-2068), que es aplicable a los asuntos de separación y divorcio con la finalidad de encontrar una solución consensuada (artículo 2067).

⁵³ CULACIATI: art. cit. («Razones y sinrazones...»), pp. 410 y 411.

⁵⁴ Téngase en cuenta que la Ley Orgánica de Registro Civil no establece una competencia por el territorio, ello en razón de que el registro es automatizado, de allí que tampoco corresponde consignar copias de actas de nacimiento o matrimonio, documentos de identidad, residencia, entre otros; basta solo indicarlos en la solicitud, pues todos esos datos ya reposan en el catastro civil, *vid.* VARELA CÁCERES: ob. cit. (*El Registro del Estado...*), vol. I, pp. 118 y ss. PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Un “fantasma” recorre...»), p. 346, considera que en el caso de divorcio notarial debe establecer reglas de competencia, como el último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio. En todo caso, de existir hijos comunes menores de edad el trámite debería realizarse en la residencia efectiva de los hijos en cuestión, por el tema del «fuero de atracción», y facilitar la remisión al defensor de la niñez que conocerá sobre el acuerdo sobre instituciones familiares y solicitará la respectiva homologación ante en juez de protección.

uno de los cónyuges⁵⁵; en este último caso se notificaría al otro⁵⁶ sobre el trámite acordándosele un lapso perentorio para que alegue lo que desee sobre el trámite de divorcio; concluido el lapso, se acordaría el mismo por medio

⁵⁵ En cuanto a la posibilidad de la admisión de la representación voluntaria la creemos procedente siempre que sea «especialísima», pudiendo representar a ambos cónyuges. *Cfr.* Código de Familia de Nicaragua (artículo 159), *vid.* PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Divorcio por mutuo...»), p. 441; PÉREZ HEREZA: art. cit. («Divorcio notarial...»), p. 157, «La cuestión más problemática es la admisibilidad o no de la representación. El tenor literal del artículo 82.II, “Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal...” plantea la duda de si estamos ante un acto personalísimo respecto del cual no cabe la representación. Una excepción tan importante del régimen general de los negocios jurídicos merecería una mención expresa del legislador –*verbi gratia*, como ocurre en el testamento; *cfr.* artículo 670 del Código Civil–, más aún si se tiene en cuenta que es admisible el poder para contraer matrimonio (*cfr.* artículo 55 del Código Civil) y que en el ámbito judicial se viene admitiendo la ratificación ante el juez por medio de un apoderado que es un mero nuncio». Asimismo, somos de la opinión de que la solicitud debe estar visada por un profesional del Derecho a los fines de que garantice que los cónyuges reciban un mínimo de asesoría sobre los efectos jurídicos personales y patrimoniales del acto, más en el caso que se atribuya al actual registrador civil, que –como se indicó– puede que no sea abogado. *Vid.* PÉREZ GALLARDO: art. cit. («Un “fantasma” recorre...»), pp. 347 y ss. Comenta PÉREZ HEREZA: art. cit. («La separación y divorcio...»), *passim*, en relación con el caso español, «Desde la admisión de la representación de ambos cónyuges por un solo letrado en las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo, es evidente que la intervención letrada en estos procesos no viene impuesta como exigencia derivada del derecho a la defensa, sino por aplicación de los principios postulación y representación procesal e indirectamente por la conveniencia de recabar un asesoramiento especializado que no se presta por los órganos judiciales. Ambas razones decaen en el ámbito notarial por lo que teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la ley –agilizar y abaratar los expedientes– lo lógico hubiese sido no imponer la asistencia letrada preceptiva. Ello no hubiese excluido la intervención de los abogados en aquellos casos en que los propios cónyuges lo solicitasen voluntariamente como ocurriría con toda seguridad en los casos en que al acuerdo se llega tras una negociación previa, con asistencia de un abogado para cada parte. Lo que parece más criticable es la exigencia de esta intervención en los casos en que no hay nada que negociar y se trata simplemente de dar forma legal a lo que los cónyuges han acordado. Los intereses corporativos han determinado que, frente a la redacción inicial del Proyecto que no lo exigía, finalmente se imponga la asistencia letrada, por lo que habitualmente al abogado o abogados de las partes les corresponderá redactar

de un acta de divorcio que se inscribe en el Registro del Estado Civil, adquiriendo fecha cierta y plenos efectos jurídicos.

Finalmente, conviene recordar a DOMÍNGUEZ GUILLÉN:

La lógica de las relaciones humanas apunta a que dos personas no pueden estar juntas si una de éstas no quiere. La delicadeza de la relación matrimonial y las dificultades que pueden derivar de una imposición legal se hacen evidente en la práctica. De allí que a pesar de la taxatividad de las causales del divorcio contencioso, la tendencia por la fuerza de la realidad apunta a facilitar la disolución del vínculo, llegando a referir el «divorcio libre» como ejemplo de las tendencias actuales del Derecho de Familia⁵⁷.

Conclusiones

Como se pudo observar, la Sala Constitucional ha transformado sustancialmente el divorcio, y si bien ya era hora que operara un cambio en el modelo, para así adecuarlo a los tiempos que corren, dicha reforma no debió emanar de un órgano jurisdiccional, sino del Poder Legislativo.

En cuanto al divorcio como institución, ya no puede sostenerse que opere según causales taxativa, pues, de hecho, además de suprimírsele dicho carácter por la Sala Constitucional, se añaden nuevos motivos más dinámicos

el convenio, facilitárselo al notario y comparecer al otorgamiento de la escritura». En todo caso, CULACIATI: art. cit. («Razones y sinrazones...»), p. 412, «Huelga señalar que la preceptividad de la asistencia letrada y de la postulación técnica constituyen sendas opciones de política legislativa, perfectamente defendibles. Se pueden dar razones tanto para abogar por una mayor informalidad en el trámite del divorcio, como para defender la importancia de que la intervención en estos expedientes deba llevar el sello de calidad técnica de un profesional».

⁵⁶ El tema de las notificaciones se simplifica en razón de que, según la Ley, es un deber notificar sobre la residencia al registrador, es decir, informar sobre el lugar donde habita cada persona (artículo 139 de la Ley Orgánica de Registro Civil).

⁵⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: «El divorcio en Venezuela». En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV, N.º 11. La Ley. Buenos Aires, 2012, p. 118.

y prácticos, como son el desafecto o incompatibilidad de caracteres y el mutuo consentimiento, lo que origina que hoy se pueda hablar de que en Venezuela opera un sistema de «divorcio libre».

En cuanto al procedimiento, se han simplificado las formas y, aunque se mantiene el procedimiento contencioso, en la práctica la mayoría de los cónyuges recurrirán al procedimiento de jurisdicción voluntaria que no demanda actividad probatoria ni es contradictorio.

Finalmente, esperamos que en un futuro remoto se efectúe una seria reforma del Derecho de Familia en la cual se regule sistemáticamente esta materia, y se simplifique aún más el asunto al fijarse un divorcio sin necesidad de alegar causales y que el mismo se atribuya su trámite al registrador civil o notario.

* * *

Resumen: El autor parte de los últimos precedentes fijados por la Sala Constitucional en materia de divorcio, para así sistematizar cuáles serían actualmente los motivos que lo hacen procedente; adicionalmente, explica sucintamente el decurso procesal, distinguiendo entre procedimiento contencioso y de jurisdicción voluntaria, dedicando un aparte especial al «divorcio administrativo» como una propuesta *de lege ferenda*.

Palabras clave: divorcio administrativo, desafecto, mutuo consentimiento.