

La transformación del artículo 185-A del Código Civil

Manuel Espinoza Melet*

Sumario

- 1. Antecedentes y fundamento del artículo 185-A**
- 2. Características**
- 3. Requisitos**
- 4. Juez competente**
- 5. Procedimiento ordinario**
- 6. Procedimiento en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes**
- 7. Procedimiento ante el juez de paz comunal**
- 8. La decisión N° 446 del 15 de mayo de 2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que reformó el artículo 185-A del Código Civil**

1. Antecedentes y fundamento del artículo 185-A

El artículo 185-A del Código Civil aparece por primera vez en la reforma de ese instrumento legislativo en el año 1982, lo cual constituyó un importantísimo avance en materia de divorcio, materializando la separación fáctica de cuerpos o separación de hecho de los cónyuges, por un período mínimo de cinco años alegando ruptura prolongada de la vida en común, y obteniendo con ello una sentencia expedita por parte del juez competente.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Especialista en Derecho de la Niñez y Adolescencia, Especialista en Derecho Procesal, Profesor Instructor por concurso de oposición de las Cátedras de Derecho Civil IV (Familia y Sucesiones), Práctica Jurídica I y postgrado. **Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez**, Maestría en Drogodependencias.

De acuerdo a un sector importante de la doctrina, su origen se remonta al Código Civil francés, Ley 75-617 del 11-07-75, mediante el cual se establece la posibilidad de que uno de los esposos solicite el divorcio alegando ruptura prolongada de la vida en común por más de seis años. Es así como en su artículo 237, se estableció: “*Un époux peut demander le divorce, en raison d’une rupture prolongée de la vie commune, lorsque le époux vivent séparés de fait depuis six ans*”¹.

Con la reforma del Código Civil de 1982, el legislador consideró oportuna la solución de la separación fáctica de cuerpos, y para ello creó un mecanismo ágil, rápido, sin formalismos rigurosos, a los fines de la obtención de una sentencia de divorcio que pusiese fin a la situación irregular de los cónyuges. Tal y como lo señala Domínguez Guillén: “El procedimiento del artículo 185-A constituye una innovación positiva de la reforma del Código Civil de 1982 que permite disolver en forma sumaria el vínculo conyugal en aquellas situaciones de separación fáctica de la vida común por un tiempo mayor a los cinco años, aun cuando se indica que la práctica es utilizada por quienes incluso no tuvieron una separación de hecho pero cuyo matrimonio supera el tiempo indicado, pues la norma no exige prueba de la separación, lo que se traduce en un divorcio por mutuo consentimiento. De allí que, ciertamente, constituye una forma de disolución del vínculo matrimonial de común consenso, a la que solo pueden acudir quienes superen dicho lapso”².

Su fundamento se encuentra en el artículo 185 A del Código Civil, que establece:

Artículo 185-A.- Cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común.

¹ **Código Civil de Venezuela, artículos 184 al 185-A.** Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado. Caracas, 1998, p. 349. Véase también sobre el tema: Bocaranda E., Juan José: **La separación fáctica de cuerpos (artículo 185-A del Código Civil de 1982)**. 5ª, Tipografía Principios. Caracas, 1987.

² Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de derecho de familia**. 2ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2014, p. 193.

Con la solicitud deberá acompañar copia certificada de la partida de matrimonio.

En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país.

Admitida la solicitud, el Juez librará sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándoles además, copia de la solicitud.

El otro cónyuge deberá comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado. Si reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro de las diez audiencias siguientes, el Juez declarará el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.

Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente.

2. Características

i. Es de jurisdicción voluntaria o graciosa. En este procedimiento especial el órgano jurisdiccional interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas determinadas. En consecuencia, este procedimiento consta de tres fases: admisión de la solicitud; reconocimiento del asunto y solicitantes que deben ser oídos; y la resolución que corresponda sobre la solicitud.

ii. Puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges fácticamente separado de cuerpos. Tal y como lo señala Bocaranda Espinoza³ esa separación fáctica consiste en la “ruptura prolongada de la vida en común” como expresión de un hecho libre y directo de los cónyuges.

³ Bocaranda E., Juan José: **Guía informática derecho de familia**. Tomo I. Tipografía Principios. Caracas, 1994, p. 658.

iii. La no existencia del cónyuge culpable. Aquí no se busca al responsable del fracaso matrimonial, quien es sancionado por la ley.

iv. Separación de hecho por más de cinco años. Cabe destacar que los cónyuges no están obligados a demostrar la separación, simplemente señalan al Tribunal que se encuentran separados de hecho por ese lapso.

v. Es un procedimiento rápido, expedito, por medio del cual se quiere obtener una sentencia que solucione la irregularidad de la situación matrimonial, y como bien lo señaló la jurisprudencia patria⁴: “El espíritu y razón de la norma prevista en el artículo 185-A, es facilitar a los cónyuges un procedimiento brevísimo, para obtener el divorcio. Es cierto que es un procedimiento especial, pero tiene las características y la calificación de un proceso de divorcio no contencioso, porque se parta de la premisa de que ambos cónyuges estén de acuerdo en solicitar el divorcio, acogiéndose a los requisitos esenciales que la norma impone para que se pueda declarar el divorcio por este procedimiento breve”⁵.

3. Requisitos

Los requisitos necesarios para invocar dicha norma, son los siguientes: i. Presentación de la partida de matrimonio, a los fines de la comprobación del vínculo conyugal y de la fecha de la celebración del matrimonio. ii. Constancia de residencia (extranjeros que hubieren contraído matrimonio en el exterior). iii. Partidas de nacimiento de los hijos habidos durante el matrimonio, si es el caso. iv. Señalamiento de quién ha ejercido la custodia de los hijos durante el tiempo que los padres han permanecido separados de hecho, así como la forma en que se viene ejecutando la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar.

⁴ Código Civil de Venezuela, artículos 184 al 185-A: ob. cit., p. 379.

⁵ Jurisprudencia Ramírez y Garay. Tomo CX, p. 505, CSJ/ Cas., Sent. 22-11-89.

4. Juez competente

En el caso de interponer la demanda de divorcio cónyuges mayores de edad, sin hijos o con hijos mayores de edad, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 754, señala que el juez competente para conocer de la demanda de divorcio, será el juez que ejerza la jurisdicción ordinaria en el domicilio conyugal; la propia norma adjetiva establece que se entenderá como domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges ejercen sus derechos y cumplen con los deberes de su estado.

De conformidad con la Resolución N° 2009-0006, de fecha 18 de marzo de 2009, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.152, de fecha 02 de abril de 2009, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, se amplían las competencias de los Juzgados de Municipio, estableciéndose en su artículo 3 que estos Tribunales conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio, y en cualquier otro de semejante naturaleza.

En el caso de que los cónyuges sean mayores de edad, con hijos que sean niños o adolescentes, o en el caso de que uno o ambos cónyuges sean adolescentes, el juez competente será el que tenga competencia en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el domicilio conyugal; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 177, parágrafo segundo, literal g, y 453 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En lo referente al domicilio conyugal, el Código Civil en sus artículos 140 y 140-A señala:

Artículo 140.- Los cónyuges, de mutuo acuerdo, tomarán las decisiones relativas a la vida familiar, y fijarán el domicilio conyugal.

Artículo 140-A.- El domicilio conyugal será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecida de mutuo acuerdo, su residencia. En caso de

que los cónyuges tuvieran residencias separadas, de hecho o en virtud de la autorización judicial prevista en el artículo 138, el domicilio conyugal será el lugar de la última residencia común. El cambio de residencia solo podrá hacerse si ambos cónyuges están de acuerdo en ello.

Por su parte, el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil establece: “se entiende por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges ejercen sus derechos y cumplen con los deberes de su estado”. La doctrina ha aclarado que esta última norma es más precisa en cuanto a la determinación del domicilio conyugal, toda vez que éste no depende de la voluntad de las partes por ser de orden público⁶.

5. Procedimiento ordinario

El procedimiento de divorcio previsto en el Código de Procedimiento Civil, es el que se materializa cuando los cónyuges son personas mayores de 18 años de edad, sin hijos, o con hijos mayores de edad.

Recibida la solicitud, el juzgado de municipio verificará que la misma no sea contraria al orden público, a la moral pública o a alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico; que se haya acompañado con copia certificada de la partida de matrimonio a los fines de verificar o comprobar la existencia del vínculo conyugal y la fecha de la celebración del matrimonio, y procederá a admitirla. En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez años en el país.

⁶ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de derecho civil I Personas**. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 187-190; Domínguez Guillén, María Candelaria: “La sede jurídica”. En: **Temas de derecho civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. Tomo I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 486-490; Esparza, Jesús: “El Domicilio Conyugal a la luz de los artículos 140-A del Código Civil y 754 del Código de Procedimiento Civil”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia*. N° 68. Maracaibo, 1992, pp. 47 y ss.

El Tribunal Civil, librará sendas boletas de citación al otro cónyuge y al fiscal del Ministerio Público, enviándoles, además, copia de la solicitud. Requisitos éstos fundamentales ya que la materia es de orden público; de no realizarse dichas citaciones la sentencia de divorcio no tendría validez.

El otro cónyuge deberá comparecer personalmente (no a través de apoderado)⁷ ante el juez en la tercera audiencia después de citado, a los fines de manifestar su reconocimiento o no de la separación. Si reconociere el hecho y si el fiscal del Ministerio Público no hiciera oposición dentro de las diez audiencias siguientes, el juez declarará el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.

6. Procedimiento en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

En el caso de que los cónyuges sean mayores de edad, con hijos que sean niños o adolescentes, o en el caso de que uno o ambos cónyuges sean adolescentes, el juez competente para conocer de la acción de divorcio fundada en el artículo 185-A será el juez de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del domicilio conyugal.

Ahora bien, por tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la competencia del Tribunal se encuentra prevista en los artículos 177, párrafo segundo, literal g, 178 y 511 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Recibida la solicitud, el juzgado verificará, a los fines de su admisión, que la misma no sea contraria al orden público, a la moral pública o a alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico. También constatará que los cónyuges hayan señalado quién ha ejercido la custodia de los hijos durante el tiempo que los padres han permanecido separados de hecho, así como la forma en

⁷ Véase: Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de Derecho de Familia**), p. 195, deberá comparecer personalmente.

que se viene ejecutando la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar, y de no ser así, dictará un despacho saneador a los fines de que sea subsanada la falta de un requisito esencial para su admisibilidad; todo ello de conformidad a lo previsto en los artículos 351, párrafo primero y 457 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se ordenará la notificación del Fiscal del Ministerio Público, según ordena el artículo 185-A del Código Civil, y a diferencia de la tramitación establecida en el Código de Procedimiento Civil, se fijará la audiencia única de acuerdo a lo previsto en el artículo 512 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

También deberá el juzgador escuchar la opinión del niño o del adolescente, de conformidad a lo previsto en el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, sin que dicha opinión sea vinculante en la solicitud, en virtud de que la referida exposición la realizará el menor de edad en aras de la protección de su interés superior relacionado con las instituciones familiares –responsabilidad de crianza y su custodia, el régimen de convivencia familiar y obligación de manutención–. En este sentido, Requena Bandres⁸ destaca la importancia de la opinión, al afirmar: “Por eso es que el juzgador debe oír al niño y conocer sus circunstancias, aquello que realmente desea o cree necesitar, sin estar vinculado a sus opiniones, las que sin embargo, no deben resultarle intrascendente, pues la norma como hemos dicho señala que habrá que tomar en cuenta en todos los casos dichas opiniones”⁹.

Si el representante de la vindicta pública no hiciera oposición, el juez de mediación y sustanciación en la audiencia única declarará el divorcio (artículo

⁸ Requena Bandres, Helio Antonio: “El divorcio con base en el artículo 185-A del Código Civil, y los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. En: **II Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. UCAB. Caracas, 2001. p. 299.

⁹ La propia Ley ampara la opinión del niño o adolescente al sancionar pecuniariamente la violación de ese derecho, tal y como lo dispone el artículo 221 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

513 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), estableciendo las regulaciones referente a las instituciones familiares.

7. Procedimiento ante el juez de paz comunal

A partir de la puesta en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz¹⁰, se crea un sistema alternativo de resolución de conflictos, el cual encuentra como ápice fundamental el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El referido instrumento legislativo, en su artículo 8 N° 8, establece que el juez de paz comunal es competente 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. Para ello es necesario que los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial del juez de paz comunal; y no se hayan procreado hijos o, de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud. En consecuencia, podrían los cónyuges que cumplan con los requisitos anteriormente descritos, acudir ante estos tribunales, ya que el procedimiento previsto es de naturaleza no contenciosa.

Ahora bien, consideramos que al juez de paz comunal no se le ha debido conferir competencia en materia de divorcio, por ser esta materia de estricto orden público, y es por ello que el Estado está en el deber de proteger a la sociedad y la familia, tal y como lo establece nuestra Carta Fundamental en su artículo 75: “El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia”.

¹⁰ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.913, de fecha 02 de mayo de 2012. Véase también: Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de Derecho de Familia**), p. 204.

En este sentido, el divorcio afecta directamente al matrimonio, y es por ello que se configura como materia de orden público; las normas legales que lo regulan son de carácter imperativo y por esta razón los particulares no pueden de forma alguna, modificar, contradecir, ni renunciar a ellas.

Ya lo ha señalado acertadamente Pellegrino Pacera: “las competencias referentes al matrimonio, al divorcio y a las uniones estables de hecho (numerales 7, 8 y 9), instituciones familiares que son de orden público, y por ende, ajenas al principio de la autonomía privada, que no son cónsonas con la finalidad de la justicia de paz, que persigue solucionar los conflictos vecinales o comunitarios, y no sobre materias relativas al estado civil de las personas”¹¹.

La propia Ley *in commento*, en su artículo 10 establece que cuando el juez de paz comunal considere que los hechos que le sean sometidos a su conocimiento vulneran el orden público, remitirá las actuaciones a la autoridad u órgano competente; a lo que cabría preguntarse si esa sea la razón por la que no se conoce de ninguna decisión relativa a divorcio dictada por estos jueces, amén del mecanismo de designación de los mismos de conformidad con la disposición derogatoria tercera de dicha Ley¹².

Aunado a ello, esa competencia viola principios y garantías procesales fundamentales, donde precisamente se protege al interés público y a la justicia social, entre ellos destaca el principio de la unidad de la jurisdicción; todo ello en virtud de que en materia de divorcio debe ser el juez ordinario por excelencia, y éste ejerce a plenitud la función jurisdiccional, tal y como lo contemplan los artículos 253 de la Constitución y primero del Código de Procedimiento Civil.

¹¹ Pellegrino Pacera, Cosimina G.: “Algunos comentarios sobre la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 2. Caracas, 2013, p. 318.

¹² Hasta tanto no se produzcan la elecciones de los jueces, éstos serán designados en condición de provisorio por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

Preocupa ciertamente que un juez de paz comunal asuma esa competencia, porque es muy probable que quien decida no sea profesional del derecho, ya que de conformidad a lo previsto en el artículo 20 de la Ley, son muy sencillos los requisitos exigidos para ser juez de paz comunal, siendo para ello necesario: ser venezolano; mayor de 25 años; saber leer o escribir; tener para el momento de la elección, al menos tres años de residencia en la entidad local territorial o en la comuna; no estar sometido a condena mediante sentencia definitivamente firme, ni a interdicción civil, inhabilitación política o administrativa; no pertenecer a la directiva de alguna organización política, gremial o sindical, ni ser vocero de alguna organización del Poder Popular, al momento de la postulación, a menos que renuncie a dicha condición y ser de estado seglar y no pertenecer a ningún estamento militar o policial. Aquí nos volvemos a preguntar: ¿puede un juez que no sea abogado constatar la veracidad de lo expuesto en la solicitud de divorcio y valorar los documentos aportados?

En este sentido, encontramos una clara violación al derecho a obtener una decisión judicial motivada, razonada, justa, congruente y que no sea jurídicamente errónea, y ciertamente se destaca la importancia del juez profesional, ya que el juzgador en función del principio *iura novit curia* debe necesariamente aplicar el derecho con independencia de las apreciaciones e invocaciones de las partes, subsumiendo los hechos fijados del caso concreto en la norma escogida por el juzgador para resolver el asunto debatido. Es importante destacar la opinión de los procesalistas Bello Tabares y Jiménez Ramos, quienes sobre este particular, afirman: “Es así como caemos en el campo de la motivación de la sentencia, donde el juzgador en la misma debe dar las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo, el cual como hemos venido señalando, es el producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la actividad de subsumir los hechos concretos del supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión”¹³.

Si bien es cierto que el legislador pretendió con el artículo 185-A encontrar un mecanismo ágil y expedito para solucionar el problema de las separaciones

¹³ Bello Tabares, Humberto Enrique III y Jiménez Ramos, Dorgi Doralys: **Teoría General del Proceso**. Tomo I. Livrosca. Caracas, 2004, p. 260.

de hecho, no en vano se previó una tramitación procesal que cumpliera con los requisitos para su validez, incluyendo la intervención del Ministerio Público, a los fines de garantizar el inequívoco respeto al orden público. Es inconcebible que se abstraiga de la esfera competencial de los tribunales civiles una materia tan delicada como lo es el divorcio, para dársela a los tribunales de paz comunal, por el simple hecho de que el mismo sea a consecuencia de un mutuo consentimiento de los cónyuges.

8. La decisión N° 446 del 15 de mayo de 2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que reformó el artículo 185-A del Código Civil

En fecha 15 de mayo de 2014, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictó una sentencia determinante para el proceso de divorcio fundado en el artículo 185-A del Código Civil, creando un precedente nunca antes visto en esta materia, la cual ha sido objeto de análisis y discusión en el medio académico y profesional¹⁴.

En dicha sentencia, la Sala Constitucional consideró necesaria la apertura de una articulación probatoria, de conformidad a lo previsto en el artículo 607

¹⁴ Véase: Alonso, Juan Francis: “Juristas saludan fallo del TSJ que flexibilizó divorcios”. En: *El Universal* [www.eluniversal.com 23-05-14]; Hernández G., José Ignacio: “¿Cómo cambió el divorcio en Venezuela después de la sentencia de la Sala Constitucional?” [http://prodavinci.com/blogs/como-cambio-el-divorcio-en-venezuela-despues-de-la-sentencia-de-la-sala-constitucional-por-jose-ignacio-hernandez/28-05-14]; Parra, María Cristina: “La inconstitucionalidad del Código Civil”. En: *El Universal*. [www.eluniversal.com 28-05-14]. Véase los comentarios a la decisión de instancia que origina el pronunciamiento de la Sala Constitucional en Brewer-Carías, Allan R.: “Sobre cómo no debe ejercerse el control difuso de constitucionalidad de las leyes por un juez ordinario (el caso de una sentencia de un juez de municipio de Caracas, que para ‘garantizar la tutela judicial efectiva’ con la excusa de ejercer el control difuso, violó la Constitución y la Ley, distorsionando el contenido del artículo 185-A del Código Civil)”. En: *Revista de Derecho Público*. N° 134. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, pp. 189 y ss.; del mismo autor: “La Sala Constitucional como legislador positivo ‘reformando’ el Código Civil en materia de divorcio”. 2014. En: www.brewercarias.com.

del Código de Procedimiento Civil, para el caso de que el cónyuge negare la existencia de la separación fáctica o no asistiese a la citación o el Ministerio Público simplemente se opusiese; para ello consideró:

... Es por ello que el proceso de divorcio contemplado en el artículo 185-A del Código Civil, tal como concluyó el Juzgado Vigésimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas –en la sentencia recurrida de la cual conoció por avocamiento la Sala de Casación Civil–, ciertamente es un proceso judicial de carácter contencioso y lógicamente admite la posibilidad de que el solicitante tenga derecho a comprobar a través de cualquier mecanismo y/o medio de prueba, los hechos, alegaciones y oposiciones que se presenten a través del mismo. Admitir lo contrario, no solamente implicaría dejar en poder de una de las partes la posibilidad de poner fin a un proceso por su simple voluntad en perjuicio del peticionante de tutela judicial, sino además implica ceder ante el anacronismo de una norma anterior a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, texto supremo que propugna la progresividad de los derechos constitucionales, más aún respecto de aquellos vinculados con aspectos sociales, la institución de la familia, el estado y capacidad de las personas, así como el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

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 aun 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 prevista en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil...

Con ese criterio, la Sala Constitucional abre las puertas para que un procedimiento de naturaleza no contenciosa o graciosa como lo era el 185-A del Código Civil, se transforme en contencioso. La norma era clara y precisa al señalar: “Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente”. Porque esa precisamente es la concepción de ese procedimiento, basado en lo expedito y ágil, en jurisdicción voluntaria, sin complicaciones procesales, para lo cual los cónyuges obtendrían una solución rápida y ajustada a la situación irregular de la separación fáctica, y no hay justificación alguna para que la Sala Constitucional reformara el Código Civil.

Llama la atención que en la sentencia se señale: “... 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 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 toda vez que en el dispositivo de la citada sentencia se ordena la nueva redacción de la norma¹⁵.

¹⁵ Se fija con carácter vinculante el criterio contenido en el presente fallo respecto al artículo 185-A del Código Civil y, en consecuencia, se ordena la publicación íntegra del presente fallo en la página *web* de este Tribunal Supremo de Justicia, así como en la Gaceta Judicial y la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente: “Si el otro cónyuge no compareciere o si al comparecer negare el hecho, o si el fiscal del Ministerio Público lo objetare, el juez abrirá una articulación probatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y si de la misma no resultare negado el hecho de la separación se decretará el divorcio; en caso contrario, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente”.

En este sentido, cabe destacar la acertada posición de Domínguez Guillén, quien había manifestado su posición ante este supuesto, al señalar: “Creemos que el presente procedimiento de jurisdicción voluntaria no admite oposición por parte del cónyuge no solicitante, por lo que la norma es clara al señalar que el proceso culmina si el cónyuge comparece y negare el hecho. El supuesto bajo análisis precisa necesariamente del acuerdo o consenso de los cónyuges en la separación fáctica; no resulta pertinente considerar la apertura de una incidencia bajo el alegato de oposición del otro cónyuge por analogía con el proceso de conversión de separación de cuerpos en divorcio, porque en éste ya existe una sentencia de separación que de no ser contenciosa precisó acuerdo o consenso entre los cónyuges”¹⁶.

Es comprensible que se quiera buscar mecanismos idóneos que conlleven a un divorcio más flexible y equilibrado¹⁷, donde no prive el estricto y riguroso

¹⁶ Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de Derecho de Familia**), pp. 198-199.

¹⁷ Véase: *ibíd.*, p. 201, donde indica la autora: “Que el presente procedimiento constituye una grata innovación del legislador del Código Civil de 1982 es indudable, porque la ciega y desmedida defensa a la tesis de la preservación del vínculo matrimonial a toda costa desconoce —como dijimos al comienzo del tema— que no hay poder humano ni jurídico capaz de mantener unidas a dos personas que no lo desean, o más aún, simplemente una de estas. De tal suerte, que la voluntariedad como un elemento de autodeterminación proyectado en la institución matrimonial, amén de todas las graves consecuencias personales, patrimoniales y jurídicas que propicia la vigencia de un matrimonio no obstante la separación y la ruptura, permiten abogar por darle cabida a la voluntad en la disolución del vínculo conyugal. Ello no es contrario a la noción de orden público, pues las normas inderogables que amparan el matrimonio tendrán efectiva aplicación mientras dure éste. Sería recomendable de *lege ferenda*, ampliar opciones como la del 185-A del Código Civil y darle mayor cabida a la voluntad como forma de disolución del vínculo matrimonial; dejar atrás la idea de la preservación del matrimonio a toda costa, y reconocer jurídicamente que hay materias donde la coacción jurídica no encuentra razón y una de ellas es precisamente en la preservación del vínculo matrimonial. El cónyuge que acude unilateralmente al órgano jurisdiccional para ser liberado de su estado mediante el divorcio y obtiene una sentencia sin lugar, seguramente no por ello cambiará su sentido y determinación. Existirá una unión que formalmente no fue declarada disuelta y sin embargo sustancialmente lo estará, con las perniciosas consecuencias que ello acarrea y el Derecho por sí solo no logrará subsanar, porque así como para casarse se precisa la concurrencia de

control de protección de la institución matrimonial, con causales de difícil comprobación, donde tengamos a un cónyuge ávido en disolver el vínculo a toda costa, y que de no lograrlo volvería al órgano jurisdiccional para lograr tal objetivo; pero sería absolutamente alejado de la realidad el afirmar que en Venezuela el divorcio no ha evolucionado, después de la reforma del Código Civil de 1982, la propia jurisprudencia ha dado la posibilidad del divorcio sin lesionar el ordenamiento jurídico ni a la institución familiar del matrimonio. Prueba de ello lo constituye el divorcio como solución, tesis que ha tenido un gran impacto en nuestros procedimientos, y con la cual no se vulneró en lo más mínimo el espíritu y razón del legislador, y ésta se materializó con la sentencia N° 192, emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de julio de 2001, donde expresamente se señaló que el Estado en cumplimiento del deber de hacer justicia efectiva, debe disolver el vínculo conyugal cuando, demostrada la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial, dejando de lado la culpabilidad del cónyuge demandado y aplicando un remedio que brinda el Estado a una situación que, de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general.

Esta tesis, tenía un antecedente muy importante, y fue la histórica decisión emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 29 de noviembre de 2000, expediente N° 00-297, donde se destacó la importancia del “divorcio remedio”, en los términos siguientes: “... Las normas sobre el divorcio deben, en general, entenderse de manera favorable al mantenimiento del vínculo; sin embargo, cuando la vida familiar luce irremediamente dañada, es necesario recurrir al divorcio, como remedio que en definitiva es socialmente mejor que la perpetuación de una situación irregular, y la finalización del juicio, es favorable a ambas partes, aun contra su voluntad”.

voluntades, también la misma se requiere para mantener la vigencia real de tal unión. En tal estado cabe preguntarse sobre el sentido útil, humano y efectivo de la ley en dificultar la disolución del vínculo conyugal”. Véase también refiriendo entre las tendencias actuales del Derecho de Familia la flexibilización del divorcio: Varela Cáceres, Edison Lucio: “El derecho de familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias”. En: *Revista de Derecho*. N° 31. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2009, pp. 97-102.

En nuestro criterio, la decisión N° 446 de la Sala Constitucional viola la protección del matrimonio, amparado por la Constitución en su artículo 75, la cual concibe a la familia como a una asociación natural, merecedora de la protección del Estado, razón por la cual se debe tratar de mantener el vínculo matrimonial, a menos que sea de imposible sostenimiento, acudiendo el respectivo cónyuge al tribunal competente a los fines de demostrar cualquiera de las causales de divorcio comprendidas en el artículo 185 del Código Civil por vía contenciosa o por vía voluntaria a través de la separación de cuerpos o el 185-A del Código Civil.

Con esta decisión, suponemos que la segunda causal del artículo 185 del Código Civil será cada vez menos invocada. No habría necesidad de demostrar el abandono voluntario, acudiendo a los dos actos conciliatorios de 45 días, cada uno previstos en los artículos 756 y 757 del Código de Procedimiento Civil, y a las demás formalidades procesales previstas. Simplemente, para el caso de tener más de cinco años de casado se demandará por el 185-A del Código Civil, y los lapsos procesales serán mucho más breves y se obtendrá una sentencia expedita ¿Dónde está la protección a la figura matrimonial? ¿Por qué se desvirtúa la esencia del procedimiento no contencioso de divorcio? Las preguntas seguirán abiertas, pues una verdadera flexibilización del divorcio –si ello lo reclama nuestra sociedad– precisará de una reforma legislativa.

* * *

Resumen: Se desarrollan los aspectos medulares de la figura del divorcio regulado en el artículo 185-A del Código Civil. Para ello se indican sus antecedentes, características y requisitos, para así comentar su desarrollo procesal, pasando de un trámite sustanciado ante el tribunal de primera instancia en lo civil, a los juzgados de municipio, su decurso ante el tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes, la singular regulación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz y, por último, la decisión N° 446 de la Sala Constitucional; dicho fallo transforma un procedimiento que, según la letra de la ley, es voluntario en contencioso, hecho que obliga a juzgarlo contrario a la Constitución por cuanto vulnera su artículo 75, que exige la protección de la familia como asociación natural.

Palabras clave: divorcio, artículo 185-A del Código Civil, ruptura de la vida en común, divorcio de jurisdicción voluntaria.

Recibido: 16-06-2014. Aprobado: 20-06-2014.